المبادئ القانونية العامة

تأليف

الدكتور أنور سلطان
وكيل جامعة الاسكندرية (سابقاً)
الاستاذ بجامعة بيروت العربية

١٩٧٤

دار النهضة العربية
للطباعة والنشر

بيروت — ص.ب ٧٤٩

المبادىء القانونية العامة

المبادئ القانونية العامة

(لطلبة كلية التجارة)

تأليف

الدكتور أنور سلطان

وكيل جامعة الاسكندرية (سابقاً)

الأستاذ بجامعة بيروت العربية

١٩٧٤

دار النهضة العربية

للطباعة والنشر

بيروت – ص.ب ٧٤٩

بسم الله الرحمن الرحيم

تنويه

سنلتزم في دراستنا للمبادىء القانونية العامة التي يتعين على طالب كلية التجارة الالمام بها التبسيط ما أمكن ، والوقوف عند المبادىء الأساسية ، دون الدخول في التفصيلات الفرعية أو استعراض أوجه الخلافات النظرية أو التعرض للمدارس الفقهية التي لا يستلزمها تكوين هذا الطالب علميا .

بل سنحرص على الايجاز مع الايضاح حتى لا تضيع الأصول الأساسية في خضم التفصيلات الجانبية .

والله الموفق

خطة البحث

١ ـ سنتناول في هذه الدراسة الخاصة بمقرر القانون لطلبة كلية التجارة البحث في الموضوعات الآتية :

اولا ـ القانون

ثانيا ـ الحق

ثالثا ـ مبادىء نظرية الالتزام

وسنقتصر فيها على دراسة القواعد التي تحكم العقد وهو أهم المصادر الارادية للالتزام ، ثم نتبع ذلك بعرض لبعض أحكام الالتزام .

القسم الأول

القانون

مقدمة

٣ ـ الغرض من دراسة علم أصول القانون :

لكل علم من العلوم مقدمة لا بد من التعرف عليها وتفهمها حتى يسهل على المرء دراسة ذلك العلم والاحاطة به .

وعلم أصول القانون هو المقدمة التي تعين وتساعد على تفهم القواعد القانونية . لأن هذا العلم يبحث في المبادىء الاساسية التي تقوم عليها القوانين الوضعية . فهو يتناول بالبحث : القانون وخصائصه ، وأشخاصه ، والعلاقات التي ينظمها ، ومصادره ، وتفسيره ، وتطبيقه .

كما يتعرض للحق ، وأقسامه ، ونشأته ، وزوله ، وحمايته .

٤ ـ التعريف بالقانون وخصائصه :

القانون هو مجموعة القواعد المنظمة للروابط الاجتماعية ، والتي تحمل الدولة الاشخاص على احترامها ولو بالقوة عند الضرورة .

اذا حللنا هذا التعريف تبين لنا ان للقانون الخصائص الآتية :

أولا ان القانون مجموعة قواعد اجتماعية •ثانيا ان القانون مجموعة قواعد سلوك • ثالثا ان القانون مجموعة قواعد عامة مجردة • رابعا ان القانون مجموعة قواعد ملزمة •

• ـ الخصيصة الاولى ـ القانون مجموعة قواعد اجتماعية :

القانون لا يعني بالانسان المنفرد ، لأن الانسان المنفرد « كربنصون كروزو » لا وجود له الا في مخيلة الكتاب والفلاسفة ، ولو فرض ووجد بالفعل ، فانه لا تربطه بغيره روابط اجتماعية حتى يتدخل القانون لتنظيمها •

فالقانون ما نشأت فكرته وما وجد الا لتنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض باعتبارهم أعضاء من جماعة واحدة ، فيقوم أي القانون ، بالحد من حرياتهم وازالة ما بينها من تعارض ، والتوفيق بين مصالحهم ورفع ما بينها من تضارب ، وتنظيم اعمالهم والروابط التي تنشأ بينهم بحكم الاتصال وتبادل المنافع ، على أساس يتحقق به التناسق الاجتماعي •

والقانون بهذا الوصف يعتبر أسبق تاريخيا في نشأته من نشأة الدولة ، اذ عرفته الجماعات البدائية الأولى ، عرفته القبيلة ثم الاقطاعية ثم الدولة •

والقانون باعتباره مجموعة قواعد اجتماعية يختلف من دولة الى دولة ، كما يختلف في نفس الدولة من عصر الى عصر ، أي أن القانون يتطور بتطور الجماعة حتى يستجيب دائما الى حاجياتها والى مقتضيات الزمن الذي تعيش فيه •

والقانون في تنظيمه لأعمال الناس وعلاقاتهم لا يتناول منها الا قدرا معينا . فهو لا يتعرض لواجب الانسان نحو ربه وعلاقته بخالقه ، ولا اواجبه نحو نفسه ، وكذلك لا يتعرض لبعض واجبات الانسان نحو الغير . بل يترك الاهتمام بها وتنظيمها الى الدين والاخلاق • أي أن القانون لا ينفرد بتنظيم علاقات الناس في المجتمع ، بل تشاركه في ذلك قواعد الدين وقواعد الاخلاق •

٦ ـ الخصيصة الثانية ـ القانون مجموعة قواعد سلوك :

ان القانون باطراد تطبيقه على نفس الاشخاص وعلى ما يقوم بينهم من روابط اجتماعية متكررة ، يخلق نظاما متناسقا لا يعتريه خلل ولا يتطرق اليه فساد • هذا النظام . هو الجامع بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية كقانون الجاذبية • ولو ان الفارق بينهما ان الاولى أي القواعد القانونية تطاع عن شعور وارادة ، بينما الثانية تطيعها الظواهر الطبيعية لا عن شعور ولا عن ارادة ، ولا تملك الا اطاعتها •

والقانون بهذا الوصف يعتبر قاعدة سلوك ، فهو ينظم سلوك الافراد عن طريق النهي عن أمر كالنهي عن الاضرار بالغير (م ١٢٢ موجبات و ١٦٣ مدني) ، أو اباحة امر كاباحة التعامل في الاشياء المستقبلة الا ما استثنى منها (م ١٨٨ موجبات و ١٣١ مدني) ، أو التكليف بأمر كالقوانين الخاصة بدفع الضرائب •

٧ ـ الخصيصة الثالثة ـ ان القانون مجموعة قواعد عامة مجردة :

من خصائص القاعدة القانونية أنها عامة مجردة ، بمعنى انها تنطبق على كل شخص توافرت فيه صفات معينة ، وعلى كل علاقة استكملت شروطا معينة ، وبعبارة اخرى ان القاعدة القانونية لا تنصرف الى شخص

معين بالذات او الى واقعة معينة بذاتها • ولكن لا يشرط لتوافر صفة العمومية انطباق القاعدة القانونية على جميع افراد المجتمع ، اذ قد يقتصر تطبيقها على طائفة أو على فريق منه توافرت فيه صفات معينة •

فالقانون التجاري يقتصر على تنظيم العلاقات بين التجار ، بينما القانون المدني ينصرف الى جميع افراد المجتمع ، وهذا لا يمنع من الاعتراف بصفة العمومية والتجريد للقانون التجاري • بل أن من القوانين ما ينطبق على فرد واحد، ما دام هذا الفرد منظوراً اليه بصفته لا بذاته كالقانون المنظم لسلطات رئيس الدولة • وعلى هذا النحو اذا كانت القواعد المنظمة لاكتساب الجنسية أو لاسقاطها تعتبر قواعد قانونية لأنها قواعد عامة مجردة ، فان القرار الصادر بمنح الجنسية لشخص أو بتجريده منها لا يعتبر قانونا لأنه موجه الى شخص معين بالذات •

والتجريد والعموم في القاعدة القانونية لا يقتصر على من تتوجه اليهم بخطابها من الاشخاص . بل ان لهذه الخصيصة وجهة اخرى تتعلق بموضوع القاعدة • فالقاعدة القانونية عامة مجردة بمعنى انها تنصرف الى عدد غير محدد من العلاقات المتماثلة التي تتوافر فيها شروط معينة كالقواعد الخاصة بالبيع أو الايجار أو الهبة ، اذ كل بيع او ايجار او هبة توافر فيه الشروط القانونيه . تطبق عليه احكام هذه القواعد ويرتب الآثار التي تقررها كالأثر الخاص بنقل الملكية أو ضمان التعرض أو الاستحقاق في البيع •

وبناء على ما سبق لا يعتبر قانونا الأمر أو القرار الخاص بعلاقة أو بعمل معين بالذات ، كالقرار الصادر بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة ، أو باغلاق محل عمومي •

٨ ـ الخصيصة الرابعة ـ ان القانون مجموعة قواعد ملزمة :

مجرد تقرير القواعد القانونية لا يكفي لاقامة النظام الاجتماعي ، بل لا بد من ان يصحبها جزاء على من يخالفها أو يخرج على احكامها ، هذا الجزاء هو الذي يحمل الناس على احترامها ، ولو ان الكثير منهم يطيعونها ويعملون بها لا رهبة ولا خوفا من الجزاء ، بل علما بما في احترامها والانقياد لأحكامها من استقرار للنظام الاجتماعي وحفاظ عليه . والجزاء كما عرفه البعض من الفقهاء « شر معلق على شرط مخالفة القانون بقصد حمل الانسان على اطاعة احكامه والعمل بمقتضاه » .

ويمتاز الجزاء في القواعد القانونية بأنه دنيوي ، أي يوقع على الانسان في الحياة الدنيا ، وتتولى الدولة توقيعه بمالها من قوة لا قبل للأفراد على مغالبتها . وفي هذا تختلف قواعد القانون عن قواعد الدين وقواعد الأخلاق: فقواعد الدين الجزاء على مخالفتها أخروي أي يوقع في الحياة الآخرة ، وقواعد الاخلاق الجزاء على مخالفتها يتمثل في احتقار المجتمع وسخط الرأي العام .

وللجزاء صور عدة ، يختلف ويتباين باختلاف القواعد القانونية :

ففي المسائل الجنائية يكون الجزاء بتوقيع عقوبة بدنية كالحبس ، أو مالية كالغرامة ، وبعقوبة تبعية كالغلق والمصادرة ، كما قد يترتب على توقيع العقوبة الجنائية الحرمان من بعض الحقوق المدنية كالحق في تولي الوظائف العامة .

وفي المسائل المدنية يتنوع الجزاء ، فقد يكون تعويضا ماليا ، او تنفيذا على اموال المدين المتعنت ، أو حكما ببطلان الاتفاق المخالف للقانون .

وفي المسائل الادارية قد يكون الجزاء الذي يوقع على الموظف هو الانذار أو الخصم ، أو التنزيل من الدرجة أو الفصل . وقد يصحب الفصل عقوبات تبعية كالحرمان من المعاش أو المكافاة .

وفي مسائل الاجراءات (اصول المحاكمات المدنية ، وقانون تحقيق الجنايات) يكون الجزاء الحكم ببطلان الاجراءات المخالفة لأحكام هذين القانونين ، كالحكم ببطلان صحيفة الدعوى .

٩ ـ صلة القانون بعلوم الاجتماع :

القانون كما سبق أن رأينا ينظم روابط الافراد بعضهم ببعض باعتبارهم اعضاء في جماعة واحدة ، أي أن القانون علم اجتماعي ، ويتعين لهذه العلة بيان صلته بسائر العلوم الاجتماعية الاخرى كعلم الاجتماع ، وعلم السياسة ، وعلم الاقتصاد ، وعلم النفس ، وعلم الاخلاق .

فعندما ينظم القانون روابط الأسرة يتأثر بعلم الاجتماع ويسترشد بمبادئه ، واذا تعرض لتنظيم السلطات العامة وادارتها وعلاقاتها بالافراد يتصل بعلم السياسة ، واذا صاغ قواعد المعاملات المالية اقترب من علم الاقتصاد ، واذا اهتم بكيفية ادراك الافراد لمضمون القواعد القانونية ، وكيفية رضوخهم لأحكامها اتصل بعلم النفس .

١٠ ـ صلة القانون بعلم الاخلاق :

يتصل القانون اتصالا وثيقا بعلم الاخلاق لأن الكثير من المبادىء القانونية تقوم على أسس اخلاقية . فالقانون مثلا يعاقب على القتل والسرقة والاضرار بالغير بوجه عام ، وقواعد الأخلاق تحرم كل ذلك . والقانون يلزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته ، وقواعد الاخلاق تدعو الى الوفاء بالعهد .

على ان اتصال علم القانون بعلم الاخلاق لايمنع من الفصل بينهما وتحديد دائرة كل منهما . فقواعد الاخلاق اوسع نطاقا من قواعد القانون، اذ تشمل واجب الانسان نحو نفسه وواجبه نحو الغير ؛ على حين أن القانون لا يتعرض الا لبعض واجبات الانسان نحو الغير ؛ وهي الواجبات التي اذا تركت بغيرضابط وبغير جزاء مادي لعمت الفوضى ولأختل النظام الاجتماعي .

وقد قيل أنه حتى بالنسبة لهذا القدر من الواجبات والاعمال التي يشترك القانون في تنظيمها مع الاخلاق ، تختلف قواعد القانون عن قواعد الاخلاق . اذ بينما الاولى لا تعني الا بالاعمال الخارجية ؛ فان الثانية تهتم علاوة عليها بالبواعث والنية . غير ان هذا القول مردود ؛ لأنه ان صح انالقانون لا يهتم بالنية وحدها ؛ فانه يوليها عنايته اذا صحبها اعمال خارجية ؛ وفي القواعد الخاصة بحسن وسوء النية ؛ وبالغش والتدليس ؛ وفي اهتمام قانون العقوبات بالركن المعنوي لكثير من الجرائم الدليل على هذا .

اذن فالقانون يلتقي بعلم الأخلاق ويشترك معه في تنظيم بعضواجبات الفرد نحو غيره ؛ ومع ذلك فان كلا منهما ينتظم قواعد يجهلها الآخر . فبينما يحتوي علم الاخلاق على قواعد تنظم واجبات الفرد نحو نفسه ؛ وهو ما لا يعني به علم القانون ؛ نجد ان هذا الاخير يضم قواعد لا تمت الى الاخلاق بصلة كقواعد الاجراءات . او تتعارض مع مبادىء الاخلاق كالقواعد المنظمة لسعرالفائدة ؛ أو لسقوط الحقوق واكتسابها بالتقادم .

وعلم القانون وعلم الاخلاق اذا كانا يختلفان من حيث نطاق كل منهما ، فهما يختلفان ايضا من ناحية الجزاء ومن ناحية الغاية .

فالجزاء على مخالفة القواعد القانونية جزاء مادي تتولى توقيعه الدولة ، في حين ان الجزاء على الخروج على مبادىء الاخلاق جزاء معنوي يتمثل في احتقار المجتمع وسخط الرأي العام .

والغاية التي يرمي القانون اليها غاية نفعية ، هي اقامة النظام الاجتماعي والسهر على حمايته ، بينما تهدف قواعد الاخلاق الى تحقيق الكمال ، لانها تتطلب من الشخص احترام انسانيته وانسانية غيره .

١١ ـ صلة القانون بالدين :

الدين هو مجموعة الاوامر والنواهي التي أنزلها الله سبحانه وتعالى على رسله لهداية الانسان وتحقيق سعادته في الدنيا والآخرة .

ويختلف نطاق الدين عن نطاق الاخلاق والقانون . فالدين يتناول واجبات الانسان نحو ربه ونحو نفسه ونحو غيره . أما الأخلاق فتتناول واجبات الانسان نحو نفسه ونحو غيره ، في حين أن القانون يقتصر على واجبات الانسان نحو غيره .

وبجانب هذا الوجه من أوجه الخلاف ، يختلف الدين كذلك عن الاخلاق والقانون من حيث الجزاء . فالجزاء على مخالفة احكام الدين جزاء أخروي هو العذاب في الحياة الآخرة . أما الجزاء على مخالفة مبادىء الاخلاق فهو كما سبق أن رأينا ، جزاء دنيوي معنوي يتمثل في استنكار الرأي العام ، وان الجزاء على مخالفة قواعد القانون جزاء دنيوي مادي تتولى السلطة العامة في الدولة توقيعه .

غير ان اوجه الخلاف السابقة الذكر لا تمنع من ان مبادىء الاخلاق تتفق في أصولها مع أحكام الدين ، وان الكثير من القواعد القانونية ينطوي

على حقيقة اخلاقية ، وبذلك تستبين الصلة بين الدين والاخلاق والقانون. بل وأكثر منذلك ، فقد يصيغ القانون من بعض احكام الدين قواعد قانونية ، كما هو الحال في مسائل الوقف والميراث والوصية والولاية على المال .

١٢ ـ القانون بين المذهبين الفردي والاشتراكي :

ساد المذهب الفردي (la doctrine individualiste) في القرنين السابع عشر والثامن عشر . ويهدف هذا المذهب الى تقديس الحرية الفردية ، ويجعل للقانون غاية واحدة هي ضمانة هذه الحرية . ويتحقق هذا الضمان عن طريق رفع التناقضات بين حريات الافراد ، ولذا يقتصر دور القانون على تقييد هذه الحريات بالقدر الذي يضمن للجميع التمتع بحقوقهم وحرياتهم على قدم المساواة ، ولذا يقال أن دور القانون في ظل هذا المذهب هو دور سلبي ، قاصر على تحقيق هذه الحرية دون التدخل في شئون الأفراد .

وقد أثر هذا المذهب على الفلسفة القانونية والاجتماعية والاقتصادية، فسادت فكرة القانون الطبيعي في مجال الفلسفة القانونية ، وظهرت فكرة العقد الاجتماعي في مجال الفلسفة الاجتماعية ، وانتصرت فكرة الحرية الاقتصادية في مجال الفلسفة الاقتصادية ، ومحور هذه الأفكار جميعاً هو اعتماد الحرية الفردية واستقلال الارادة كأساس للنظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية ، وقد انطبعت هذه الأفكار في اذهان واضعي قانون نابليون، فصدر هذا القانون وبالتالي القوانين التي نقلت عنه مشبعة بالمذهب الفردي .

على ان انصار المذهب الفردي ما لبثوا ان غالوا فيه الى حد ان ردوا

الى الارادة جميع الالتزامات ، بل وجعلوا من الارادة مصدر جميع الحقوق، فالملكية مثلا مبنية على الارادة ، بل هي الارادة الحرة في العالم المادي.

وقد وصل هذا الاغراق من اصحاب المذهب الفردي في تمجيد الارادة الى مجانبة الحقيقة ، والجري وراء افتراضات لا تمت الى الواقع بصلة ، وقد كان من نتيجة ذلك ان ظهر المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي.

ويهدف المذهب الاشتراكي (la doctrine socialiste) الى تحقيق صالح الجماعة ، ولا ينظر الى مصلحة الفرد الا من خلال هذا الصالح الجماعي ، ولذا يكون للقانون فيه دور ايجابي لا يقتصر على المحافظة على النظام في المجتمع ، بل يرمي الى توجيه النشاط الفردي الى ما فيه خير الجماعة وسعادتها .

وعلى هذا النحو تطورت النظرة الى الملكية ووظيفتها ، والى فكرة العقد ودور الارادة في تكوينه وتحديد آثاره .

على أنه اذا كان المذهب الفردي لم يسلم من مثالب وأخصها الاغراق في تقديس الحرية الفردية ، فان المذهب الاشتراكي كذلك — في بعض صوره — لم يسلم من عيب انكار هذه الحرية الى حد التضحية بالفرد تضحية كاملة .

١٣ — تقسيم :

عرفنا القانون بأنه « مجموعة القواعد المنظمة للروابط الاجتماعية، والتي تحمل الدولة الاشخاص على احترامها ولو بالقوة عند الضرورة ».

وهذا تعريف عام مجرد للقانون ، لأنه لا ينصرف الى قانون دولة معينة في زمن معين ، بل الى القانون كما هو بشاهد في جميع الدول

وفي كل الازمنة . ولكن اذا حدد لفظ « القانون » بأن قلنا مثلا القانون المصري أو القانون اللبناني في القرن العشرين ، فاننا نقصد بذلك مجموعة القواعد القانونية المعمول بها في دولة معينة وفي زمن معين ، وهذا ما يسمى بالقانون الوضعي ، وهو موضوع دراسة هذا القسم من مؤلفنا ، وسنتوخى في بحثه الترتيب الآتي :

أولا ــ الروابط القانونية التي تنشأ بين الاشخاص ، وهو ما يقتضينا التعرض لفروع القانون من ناحية ، ولأنواع القاعدة القانونية من حيث قوة الالزام من ناحية اخرى .

ثانيا ــ مصادر القانون ، وهو ما يتطلب الكلام اولا في المصادر الرسمية والاحتياطة للقانون ، وثانيا في المصادر التفسيرية له .

ثالثا ــ تطبيق القانون .

الباب الأول

الروابط القانونية

١٤ ـ انواع القواعد القانونية :

اذا كان القانون هو مجموعة القواعد التي تحكم الروابط الاجتماعية التي تنشأ بين الاشخاص ، الا ان شخص القانون ليس واحدا ، فهناك ـ كما سنرى فيما بعد ـ الشخص الطبيعي أي الانسان ، كما ان هناك الشخص المعنوي أو الاعتباري •

والشخص المعنوي ينقسم بدوره الى شخص معنوي خاص كالشركة التجارية ، وشخص معنوي عام اي يمارس سلطة عامة كالدولة ، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص •

والقانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة أو التي تتصل بتنظيم السلطات العامة فيها •

اما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي لا تتعلق بتنظيم

السلطات العامة في الدولة ، ولا ترتبط بحق السيادة فيها . أي أن القانون الخاص يتناول بالتنظيم علاقات الاشخاص الطبيعية والاشخاص الاعتبارية الخاصة فيما بينهم ، وكذا علاقتهم بالدولة عندما تمارس نشاطا شبيهـا بنشاط الافراد ، كبيع كقطعة ارض أو تأجيرها .

وبجانب هذا التقسيم للقانون، تنقسم القواعد القانونية أيضا ــ تبعا لقوة الزامها ــ الى قواعد قانونية آمرة وقواعد قانونية مفسرة أو مكملة.

الفصل الاول

القانون العام والقانون الخاص

١٥ ــ اهمية التفرقــة :

رأينا أن فيصل التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانــون الخاص : هو وجود الدولة باعتبارها صاحبة السيادة كطرف في العلاقــة القانونية . والدولة كشخص اعتباري عام ؛ لا تدخل في العلاقة الا لتحقيق الصالح العام ؛ وهي تملك في سبيل ذلك من السبل والوسائل ما ليس في متناول الشخص العادي .

فالدولة تستطيع نزع ملكية الأشخاص جبرا عنهم، كما تملك تكليفهم بالقيام بأعمال معينة ؛ كتكليف بعض خريجي الجامعة بالعمل في مصالح الحكومة . وعلاقة الدولة بموظفيها وسلطاتها عليهم ، تختلف عن علاقــة الشخص العادي بمن يعملون لحسابه ؛ نظرا لأن هؤلاء الموظفين يقومون على مصالح عامة لا تحتمل العطل او التوقف .

ولهذا السبب تمتاز قواعد القانون العام بأنها جميعها قواعد آمرة أي لا يجوز الخروج عليها أو الاتفاق على ما يخالفها ، في حين ينتظم القانون

الخاص بجانب القواعد الآمرة ، قواعد مكملة أو مفسرة ، وهذه يجوز الاتفاق على عكسها .

الفرع الأول

القانون العام
Droit public

١٦ ـ فروع القانون العام :

يشمل القانون العام القواعد التي تنظم علاقة الدولة بغيرها من الدول وتسمى هذه القواعد بالقانون الدولي العام ؛ والقواعد التي تنظم السلطات العامة في الدولة وعلاقتها بالافراد وتسمى بالقانون الدستوري ؛ والقواعد التي تحكم مالية الدولة ويطلق عليها اسم القانون المالي ؛ والقواعد التي تحدد الجرائم والعقاب عليها وتسمى بقانون العقوبات ؛ والقواعد التي تبين الطرق التي تتبع في تحقيق الجرائم والحكم فيها وتسمى بقانون الاجراءات الجنائية .

وسنتناول كل فرع من هذه الفروع على حدة .

١٧ ـ القانون الدولي العام (Droit international public)

القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد المنظمة لعلاقات الدول فيما بينها سواء في حالات السلم أم الحرب .

فهذا القانون يبحث في الدولة والعناصر التي تتكون منها ، وأنواع الدول ، وحقوق وواجبات الدولة كحق البقاء ، وحق المساواة ، وحق السيادة ، وحق الملكية (ملكية الاقليم) ، وحق القضاء ، وحق التمثيل

الخارجي ، وحق عقد المعاهدات السياسية والتجارية ، وجميع هذه المسائل يشملها ما يسمى بقانون السلم •

كذلك يبحث هذا القانون في العلاقات التي تقوم بين الدول في حالة الحرب • فبالنسبة للدول المحاربة ينظم هذا القانون اعلان الحرب والآثار التي تترتب عليها ، وحقوق الدول المحاربة ، وانتهاء الحرب وآثاره ، وهذا ما يسمى بقانون الحرب •

وبالنسبة للدول غير المحاربة ، أي الدول المحايدة يحدد هذا القانون واجباتها وواجبات رعاياها نحو الدول المحاربة ، ولذا ينظم مسائل المهربات الحربية والحصار البحري ، وجميع هذه العلاقات تدخل فيما يسمى بقانون الحياد •

وقد تكونت أغلب أحكام هذا القانون عن طريق العرف الدولي والمعاهدات ، كما كان للفقه والقضاء أثرهما في تحديد أصوله وتقرير أحكامه •

وقد اتسع نطاق هذا القانون في الوقت الحاضر نتيجة لظهور المنظمات الدولية وأهمها منظمات هيئة الأمم المتحدة ، وكذا المنظمات الاقليمية كجامعة الدول العربية •

١٨ ــ القانون الدستوري (Droit constitutionnel) :

هو مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة ونظام السلطات العامة فيها ، وعلاقة هذه السلطات بعضها ببعض ، وعلاقاتها بالأفراد ، كما تبين حقوق الافراد وضماناتها في الدولة •

فالقانون الدستوري ، هو القانون الأساسي للدولة ، اذ يقرر الشكل

الذي تتخذه : ملكية أو جمهورية ، ديموقراطية أو دكتاتورية ، بسيطة أو اتحادية ، الى غير ذلك .

كذلك يحدد هذا القانون السلطات العامة في الدولة وهي : السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية . كما يحدد اختصاص كل من هذه السلطات ، وينظم العلاقات التي تنشأ بينها .

كما يحدد هذا القانون ايضا حريات الافراد وحقوقهم كالحرية الشخصية ، وحرية الدين ، وحرية الاجتماع ، وحرية التعليم ، وحرمة المسكن . كذا يحدد حقوق الأفراد في المساواة في التوظف وفي التكاليف العامة كالضرائب ، وفي أداء الخدمة العسكرية .

١٩ ـ القانون الاداري (Droit administratif):

يضم القانون الاداري القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وكيفية ادائها لوظيفتها الادارية .

والقانون الاداري ليس مجموعة مواد يضمها تقنين واحد كالقانون الدستوري ، ولو ان العلاقة بينهما جد وثيقة ، حتى أن من الشراح من يصفها بقولهم ان القانون الدستوري يتناول السلطة التنفيذية وهي في حالة سكون . بينما ان القانون الاداري ينظم هذه السلطة وهي في حالة الحركة .

فالقانون الاداري يعني بأمر تشكيل وترتيب المصالح العامة في الدولة وكيفية ادارتها سواء في الحكومة المركزية بواسطة عمالها أم في الاقاليم بواسطة الهيئات المحلية كمجالس المحافظات والمجالس البلدية .

فالحكومة تقوم بتحصيل الضرائب ، وادارة اموال الدولة العامة

والخاصة ، والعناية بأمور الزراعة والري والمواصلات والصحة العامة .. الخ ، كما تسهر على أمن الدولة الداخلي والخارجي ، كذا تقوم الحكومة بتعيين الموظفين وتأديبهم ودفع مرتباتهم .

هذا وقد اتسع نطاق القانون الاداري نظرا لانشاء قضاء خاص بالرقابة على الاعمال الادارية كمجلس الشورى في لبنان ومجلس الدولة في مصر .

٢٠ ـ القانون المالي (Droit financier):

يعني هذا القانون بمالية الدولية والهيئات العامة ، من حيث بيان الموارد التي تغذيها من ضرائب ورسوم وقروض ، ومن حيث بيان أوجه صرف هذه الاموال .

ففيما يتعلق بالموارد يحدد هذا القانون مصادرها وكيفية تحصيلها ، وفيما يتعلق بأوجه الصرف ينظم هذا القانون كيفية الاتفاق على المرافق والمصالح العامة كالدفاع والأمن والتعليم والصحة والقضاء الخ .

وقد كان هذا القانون ملحقا بالقانون الاداري حتى عهد قريب ، أما الآن فقد استقل عنه وأصبح فرعا قائما بذاته من فروع القانون العام .

٢١ ـ قانون العقوبات (Droit pénal) :

يضم قانون العقوبات القواعد التي تحدد الجرائم والعقاب عليها . ومن الجرائم ما يمس الفرد في نفسه أو في ماله ، انما ليس له ان ينتقم أو يقتص لنفسه ، لأن العقاب في يد الدولة ولها حق توقيعه . كذلك ليس للفرد ان يصفح عن الجاني ويرفع عنه الجزاء الا في أحوال معينة (كجريمة

الزنا) • ولذا اعتبر هذا القانون فرعا من فروع القانون العام الذي ينظم علاقة الفرد بالدولة ، فهي التي تبين له ما لا يجوز من الأفعال وتحدد العقاب عليها •

وينقسم قانون العقوبات الى قسمين : قسم عام وقسم خاص •

أما القسم العام فيتناول تعريف الجريمة وانواعها من جناية وجنحة ومخالفة . وأركان الجريمة وهي الركن القانوني أي النص على الجريمة في القانون (اذ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص) ، والركن المادي وهو الأمر المعاقب عليه والذي تتكون منه ان فعلا او امتناعا ، والركن الأدبي وهو كون الجاني في حالة عقلية يدرك معها نتائج عمله ، وركن البغي أي كون الجاني باغيا معتديا في فعله لا مدافعا عن نفسه ولا مضطرا في عمله ولا قائما بواجب •

كذلك يبحث هذا القسم في العقوبة وأنواعها من اعدام أو حبس أو غرامة ، ويبين قدر الحبس أو الغرامة وهو غالبا بين حدين يترك للقاضي حرية التقدير فيما بينهما تبعا لظروف الجريمة وحالة المجرم •

أخيرا يبحث هذا القسم في المسئولية وهي تقوم على توافر التمييز والاختيار في الجاني • والتمييز معناه بلوغ درجة من النمو العقلي تكفي لادراك الفرد نتائج افعاله • والاختيار معناه ان يأتي الانسان أعماله بارادته •

كما يبين هذا القسم الاسباب التي تؤثر على قيام المسؤولية فترفعها كحالتي الجنون والاكراه ، أو تخففها كحالة تجاوز حد الدفاع الشرعي •

وأما القسم الخاص فيتناول القواعد الخاصه بكل جريمة • ومن الجرائم ما يقع على الدولة فيمس أمنها الخارجي او الداخلي كالتجسس وتزييف النقود ، ومنها ما يقع على الافراد فيمس النفس كالقتل والضرب، أو يمس المال كالسرقة ؛ أو يمس الشرف كالقذف •

٢٢ ــ قانون الاجراءات الجنائية (Droit d'instruction criminelle):

ينظم هذا القانون الاجراءات التي تتبع لتحقيق الجرائم ، وما تتطلبه من حبس وافراج وتفتيش ؛ ومحاكمة الجاني وما يستلزمه من تحديد المحكمة المختصة ؛ وبيان اجراءات المحاكمة ، وصدور الحكم وطرق الطعن فيه ، وتنفيذه وكيفيته •

هذا ويلاحظ ان قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية ينتظمها قانون واحد يطلق عليه اسم القانون الجنائي **Droit Criminel**

الفرع الثاني

القانون الخاص

Droit Privé

٢٣ ــ فروع القانون الخاص :

يحكم الروابط التي تنشأ بين الاشخاص ــ روابط أسرة أو روابط مالية ــ وكذا العلاقات التي تربطهم بالدولة عند قيامها بنشاط يحاكي نشاط الافراد ، مجموعة قواعد قانونية تسمى بالقانون الخاص •

والقانون الخاص يشتمل على عدة فروع هي : القانون المدني وهو الأصل ، والقانون التجاري ، والقانون البحري ، والقانون الجوي ، وقانون العمل ، وقانون المرافعات ، والقانون الدولي الخاص •

٢٤ ــ القانون المدني (Droit Civil) :

يعتبر القانون المدني الأصل بالنسبة لسائر فروع القانون الخاص ، لأنه ينتظم من ناحية قواعد تنصرف الى كافــة الاشخاص على اختــلاف مهنهم ، ولأنه يرجع اليه من ناحية اخرى في حالة سكــوت أي فرع آخر ــ كالقانون التجاري مثلا ــ عن تنظيم مسألة معينة .

والقانون المدني يتناول بالتنظيم الروابط الشخصية والمالية .

والروابط الشخصية تتناول المسائل المتعلقة بالأسرة بوجه عــام : من زواج وطلاق وما ينشأ عنهما من التزامات كالطاعة والمهر والنفقة وما يتفرع عنهما من عدةورضاعة وحضانة ، والنسب وما يترتبعليه من آثار . كما يدخل فيها مسائل الاهلية ومسائل الميراث . ويطلق على مجموعــة القواعد التي تحكم هذه الروابط اسم الاحوال الشخصية .

أما الروابط المالية فتتناول علاقة الشخص بالمال ، فتبين الحقــوق المالية وطرق كسبها وانقضائها .. الخ . ويطلق على مجموعة القواعد التي تنظم هذه الروابط اسم الاحوال العينية .

واذا كان الاصل كما ذكرنا أن يتناول القانون المدني بالتنظيم هذين النوعين من الروابط ، الا أنه في مصر ولبنان تركت مسائــل الاحوال الشخصية حتى الان لقانون الديانة أو الملة .

٢٥ ــ القانون التجاري (Droit commercial):

القانون التجاري هو مجموعة القواعد التي تنظم الاعمال التجارية . فهو ينظم حياة التاجر التجارية كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية ، سواء كان هذا التاجر فردا أم شركة ، كما يضع أحكاما للاوراق

التجارية كالكمبيالات والشيكات والسندات تحت الاذن ، وكذا يعنى بتنظيم قواعد الافلاس ... الخ .

وقد كان القانون التجاري جزءا من القانون المدني ثم انفصل عنه ، لأن طبيعة الاعمال التجارية تختلف عن طبيعة الاعمال المدنية .

فالاعمال التجارية تتطلب السرعة في انعقادها ولا تحتمل بطء الاجراءات المدنية ، فحوالة الحق مثلا لا تنفذ في مواجهة المدين ولا الغير الا اذا قبلها المدين أو اعلن بها (م ٣٠٥ مدني و ٢٨٣ موجبات) في القانون المدني ، في حين ان الكمبيالات والشيكات والسندات تحت الاذن يتم تداولها بمجرد التظهير في القانون التجاري .

كذلك استدعت سرعة انجاز الاعمال التجارية الى اعفائها من قيود الاثبات الموجودة في القانون المدني . فالتصرف القانوني لا يجوز اثبات وجوده او انقضائه بشهادة الشهود أي بالبينة اذا زادت قيمته على ٢٠ جنيها في مصر أو على ٢٧٥ ليرة في لبنان اذا كان التعامل مدنيا : أما اذا كان التعامل تجاريا فيجوز اثباته بالبينة مهما كانت قيمة التصرف .

والثقة التي تتطلبها الاعمال التجارية استدعت افتراض التضامن في شأنها في حالة تعدد المدنيين ، بحيث يستطيع الدائن مطالبة أي مدين بكل الدين وليس فقط بحصته فيه . أما في المعاملات المدنية فالتضامن لا يفترض انما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون (م ٢٧٩ مدني و ٢٤ موجبات) .

على ان انفراد القانون التجاري بأحكام خاصة واستقلاله عن القانون المدني ، لا يمنع من ان القانون الاخير هو الاصل ، ولذا يرجع اليه في حالة سكوت القانون التجاري عن تنظيم مسألة أو علاقة معينة .

٢٦ ـ **القانون البحري (Droit maritime) :**

يختص القانون البحري بتنظيم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية• وتتركز هذه العلاقات حول السفينة ، فتتناول بيع السفن البحرية وتأجيرها ، وعقد العمل البحري ، وعقد النقل البحري ، وعقد القرض البحري ، والتأمين على السفينة ومشحوناتها ، الى غير ذلك من المسائل المتعلقة بالملاحة البحرية •

واذا كانت الاعمال التي ينظمها هذا القانون هي في الاصل اعمالا تجارية ، الا ان هناك من الاعتبارات ما دعت الى فصله عن القانون التجاري ، وترجع هذه الاعتبارات الى كبر قيمة السفينة والى تعرضها لأخطار جسام ، ولأنها تكون في غالبية الاحيان بعيدة عن عين صاحبها ورقابته •

٢٧ ـ **القانون الجوي (Droit aérien) :**

القانون الجوي هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة الجوية • فتدور هذه العلاقات حول الطائرة من حيث ملكيتها وجنسيتها وتسجيلها ، وعقد النقل الجوي ، والمسئولية عن الأضرار التي قد تصيب الراكب او تصيب من هو على سطح الارض ، الى غير ذلك من المسائل المتعلقة بالملاحة الجوية •

وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة ، وترجع معظم قواعده الى المعاهدات الدولية في شأن الملاحة الجوية •

٢٨ ـ **قانون العمل (Droit du travail) :**

يضم قانون العمل القواعد التي تنظم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال • وقد كانت هذه العلاقات تخضع الى عهد قريب لأحكام القانون

المدني ؛ حتى جاءت الثورة الصناعية فزادت في قوة اصحاب الاعمال وسيطرتهم على وسائل الانتاج وبالتالي على دخول الطبقات الكادحة ؛ وقد ترتب على ذلك رد فعل اتسم بالعنف في بعض الاحيان من جانب العمال دفاعا عن أرزاقهم ، وقد حملت هذه الاوضاع المشرع على التدخل لتنظيم هذه العلاقات على أسس جديدة تضمن حقوق العمال دون اضرار بالانتاج ؛ فظهر قانون العمل الذي تأثرت أحكامه التشريعية بالمبادىء الاشتراكية .

٢٩ ـ قانون المرافعات (Droit de procédure):

يضم قانون المرافعات المدنية والتجارية كما يسميه القانون المصري أو قانون أصول المحاكمات المدنية كما يسميه القانون اللبناني ، القواعد التي تكفل حماية الحقوق واقتضائها .

فيبين هذا القانون كيفية تشكيل المحاكم واختصاصها ، وكيفية رفع الدعوى والسير فيها ؛ واجراءات الاثبات من كتابة وبينة ويمين ومعاينة محل النزاع والاستعانة بالخبراء ، وصدور الحكم وكيفية الطعن فيه ؛ والتنفيذ على اموال المدين .

٣٠ ـ القانون الدولي الخاص (Droit international privé) :

تتكون العلاقة القانونية التي تنشأ بين الاشخاص من ثلاثة عناصر وهي : أولا سبب العلاقة ؛ والسبب اما أن يكون عملا قانونيا كالبيع أو واقعة قانونية كالجريمة . ثانيا اشخاص العلاقة القانونية كالدائن والمدين . ثالثا موضوع العلاقة ، وموضوع العلاقة هو اعطاء شيء او القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

وليس من الضروري ان تكون جميع عناصر العلاقة القانونية وطنية كالبيع الذي يتم في مصر بين مصريين بشأن عقار موجود في مصر ، بل قد يكون في العلاقة عنصر اجنبي كما لو انعقد البيع في بلد اجنبي بين مصريين، او كان البائع مصريا والمشتري اجنبيا ، أو كان كلاهما مصريا والعقار موجود في بلد اجنبي .

فاذا قام نزاع بين البائع والمشتري في شأن هذا البيع ، فأي محكمة تختص بنظر هذا النزاع ؟ وأي قانون تطبقه المحكمة ؟ أتطبق قانون جنسية البائع أم قانون جنسية المشتري ، أم قانون موقع العقار ؟

الذي يفصل في جميع هذه المسائل هو القانون الدولي الخاص ، فأحكامه هي التي تحدد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق ، وتسمى هذه الأحكام بقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، وقواعد تنازع القوانين او قواعد الاسناد ، لأنها تقابل بين قوانين دول مختلفة وتفاضل بين أسباب أحقية كل منها بالتطبيق .

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد التي تبين الحلول الواجبة الاتباع في مسائل تنازع الاختصاص وتنازع القوانين . غير أن من الشراح من يضيف الى هذين الموضوعين اللذين يعالجهما القانون الدولي الخاص ثلاثة مواضيع اخرى هي : الجنسية وهي صفة في الشخص تفيد تبعيته لدولة معينة ، والموطن وهو يثير علاقة الفرد بالدولة نتيجة اقامته فيها ، ومركز الاجانب والمقصود معرفة ما يمكن ان يتمتع به هؤلاء الاشخاص من حقوق وما يتحملونه من واجبات في الدولة التي يوجدون فيها .

الفصل الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٣١ ــ تقسيم القواعد القانونية بحسب قوتها الملزمة :

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوة الالزام فيهـا الى قواعـد آمرة ، وقواعد مكملة اومفسرة . والقواعد الآمرة هي القواعد التي لا يجوز للافراد مخالفتها او الاتفاق على عكسها او على استبعاد حكمها .

أما القواعد المكملة ، أو المفسرة كما يطلق عليها كذلك ، فهي تلـك القواعد التي يجوز للافراد الاتفاق على ما يخالف حكمها .

ومرد هذا التقسيم هو الحرية الممنوحة للافراد في تنظيم علاقاتهم ، فحيث تقيد هذه الحرية تكون القواعد آمرة ، وحيث تطلق هذه الحريـة تكون القواعد مكملة . والعبرة في تقييد الحرية أو اطلاقها هو بمدى تعلق العلاقة بنظام المجتمع وحمايته .

٣٢ ــ القواعد الآمرة (Les règles impératives) :

رأينا ان القواعد الآمرة هي التي لا يجوز للافراد الاتفاق على مـا

يخالفها ، لأنها تتصل بالنظام الأساسي للمجتمع . فمثلا القاعدة التي تحرم الجريمة كالقتل لا يجوز استبعاد حكمها ، فلا يجوز الاتفاق على ارتكاب مثل هذه الجريمة ولو برضاء المجنى عليه . والقاعدة التي تحرم الربا فتضع سعرا أعلى للفائدة لا يجوز الاتفاق على عكسها ، وهكذا بالنسبة لكافة القواعد الآمرة ، لانها قواعد ملحوظ فيها المحافظة على نظام المجتمع ومقوماته .

هذا ولا يشترط لاعتبار القاعدة القانونية قاعدة آمرة انترد فيصيغة الأمر أو النهي ، انما يشرط لاعتبارها كذلك ان يمتنع على الافراد الاتفاق على عكسها .

٣٣ ـ القواعد المكملة (Les régles supplétives) :

القواعد المكملة او المفسرة (interprétatives) هي تلك التي يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها . وليس معنى القول انالقاعدة المكملة يجوز استبعاد حكمها أن هذه القاعدة ليست ملزمة ، لأن جميع القواعد القانونية تعتبر قواعد ملزمة ، اذ الالزام شرط منالشروط الاساسية لقيام القاعدة القانونية . غاية الأمر ان أي قاعدة قانونية ـ ويستوي في ذلك القواعد الآمرة والقواعد المكملة ـ لا تنطبق الا اذا توافرت الشروط اللازمة لانطباقها ، ومن هذه الشروط بالنسبة للقاعدة المكملة ألا يتفق الافراد على استبعاد حكمها ، بمعنى انهم اذا لم يتفقوا على ما يخالفها ، اصبح حكمها ملزما لهم .

ففي البيع تقضي المادة ١/٤٥٧ مدني بأنه « يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أوعرف يقضي بغير ذلك » (تقابل المادة ١/٤٦٦ موجبات) . وظاهر ان المشرع قد ربط

في هذا النص بين وقت الوفاء بالثمن ووقت تسليم المبيع ، فجعل الوفاء بالثمن مستحقا في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد . على ان هذا الحكم لا يكون ملزما للمتعاقدين الا اذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بما يخالف ذلك .

فقد يتفق المتعاقدان على ان يدفع الثمن قبل او بعد تسليم المبيع ، أو قد يقضي العرف بأحكام اخرى يتعين اتباعها . اما اذا سكت المتعاقدان عن ذكر ما يخالف هذا الحكم ، ولم يكن هناك عرف يقضي بغيره ، اصبح هذاالحكم ملزما لهما .

٣٤ ـ معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

سبق أن أشرنا الى ان فيصل التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة هو مدى تعلقها بالنظام الأساسي للجتمع ، ومحور النظام الاساسي للمجتمع هوالنظام العام والآداب ، فحيث تتعلق القاعدة بالنظام العام والآداب تعتبر قاعدة آمرة ، وحيث تتعلق بالمصالح الخاصة للافراد تعتبر قاعدة مكملة .

ولكن كيف يمكن الوصول الى معرفة طبيعة القاعدة ، وهل هي آمرة أم مكملة ؟ هناك طريقان للوصول الى ذلك : الاول يستند الى صياغة النص ، والثاني الى مضمون النص ومعناه .

٣٥ ـ الطريق الاول ـ صياغة النص :

قد يصاغ نص القاعدة القانونية بطريقة تقطع في الدلالة ان صراحة وان ضمنا على طبيعتها .

فاذا ورد في القاعدة أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها أو

على بطلان مثل هذا الاتفاق ، دل ذلك على أن القاعدة آمرة ، ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة ٢/١٣١ مدني من أن « التعامـل في تركـة انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضائه الا في الأحـوال التي نص عليها في القانون » .

وما تقضي به المادة ٤٨ مدني من أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » ، وما جاء في المادة ٤٩ من هذا القانون من أنـه « ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية » .

أما اذا ورد في القاعدة على أنه يعمل بحكمها ما لم يوجـد اتفـاق أو عرف يقتضي بغيره، دل ذلك على أن القاعدة مكملة أو مفسرة، من ذلك ما تنص عليه المادة ٤٣٦ مدني من أنه « اذا وجب تصدير المبيـع للمشترى ، فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

وما جاء في المادة ٤٥٦ مدني من أنه « يكون الثمن مستحق الوفـاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عـرف يقضي بغـير ذلـك » .

وفي كل ما سبق اهتدينا بصياغة النص وعبارته في التعرف على طبيعة القاعدة القانونية ، وهل هي آمرة أم مكملة .

٣٦ — الطريق الثاني — مضمون النص :

اذا قصرت صياغة النص عن تحديد طبيعة القاعدة القانونية ، ف... في هذه الحالة الرجوع الى مضمونه والاسترشاد بمعنا... ، فاذا تعلق هـذا المضمون بالنظام الأساسي للمجتمع ومقدماته ، أي اذا تعلق بالنظام العام

والآداب ، كانت القاعدة آمرة . أما اذا تبين أن هذا المضمون انما ينصرف الى تنظيم مصالح خاصة للافراد لا تتصل بكيان المجتمع كانت القاعدة مكملة .

ولما كان يستحيل على المشرع أن يضع قائمة جامعة مانعة لكل ما يعتبر مخالفا للنظام العام أو الآداب فقد اكتفى في نطاق الالتزامات بالنص في المادة ١٣٥ مدني على أنه « اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » . وبالنص في المادة ١٣٦ مدني على أنه « اذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » .

ونرى استكمالا لهذا البحث أن نتناول بشيء من الدراسة فكرة النظام العام والآداب مع ايراد بعض تطبيقات لهما .

٣٧ ـ النظام العام والآداب :

قوام فكرة النظام العام هو المصلحة العامة ، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم أدبية ، ولما كانت فكرة المصلحة العامة تختلف من دولة الى دولة ومن زمن الى زمن في نفس الدولة ، فان فكرة النظام العام تعتبر تبعا لذلك فكرة متغيرة أو فكرة نسبية ينظر اليها في جماعة معينة في زمن معين ، فمثلا تعدد الزوجات لا يعتبر مخالفا للنظام العام في مصر ، على حين أنه يعتبر كذلك في غيرها من الدول كفرنسا ، وأن تحريم الرق يعتبر الآن من النظام العام في مصر على حين أنه لم يكن كذلك قبل تحريمه ... وهكذا ، ولذا فخير ما نفعله في شأن تحديد فكرة النظام هو ايراد بعض تطبيقات في شأنها .

فيعتبر مخالفا للنظام العام في نطاق القانون العام كل اتفاق يخالف

القوانين المنظمة للدولة كالقانون الدستوري والقانون الاداري ، أو قوانين التنظيم القضائي أو القوانين المتعلقة بالأمن ، أو القوانين المنظمة للعملة وما يتصل بها من نظم مالية .

كذلك يعتبر من النظام العام الحريات العامة ، كالحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حرية الاقامة ، وحرية الدين والعقيدة ، وحرية الزواج . وحرمة النفس ، وحرية العمل ... الخ .

كذلك يعتبر من النظام العام في نطاق القانون الخاص روابط الأحوال الشخصية . فالحالة المدنية للشخص واسمه وأهليته تعتبر من النظام العام ، ولذا لا يجوز مثلا لأحد النزول عن أهليته أو التعديل في أحكامها (م ٤٨ مدني) .

كذلك يعتبر من النظام العام تنظيم الأسرة وما يقرره من حقوق وواجبات لكل من الزوجين كحق النفقة مثلا ، ولذا لا يجوز النزول مقدما عن هذا الحق ، وان كان يجوز التنازل عما تجمع من هذه النفقة .

أخيرا تعتبر بعض القواعد المتعلقة بالأحوال العينية من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق مثلا على بقاء حق الانتفاع لمدة تزيد على حياة المنتفع (م ٩٩٣ مدني) .

هذا عن النظام العام ، أما عن الآداب وقوام فكرتها هو الرأي العام وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية يبعثها الدين والعرف والتقاليد في مجتمع معين في زمن معين ، ففكرتها هي الأخرى نسبية تختلف باختلاف الأزمنة وباختلاف الجماعات . والقضاء هو الحارس الأمين على كيان المجتمع كثيرا ما يستند الى فكرة الآداب في ابطال العقود المنافية للأخلاق ، ولا يرجع القاضي في تحديد ما يعتبر منافيا للآداب الى أفكاره ومبادئه

الخاصة بل يرجع في ذلك الى الرأي العام في المجتمع الذي ينتمي اليـه ، وعلى الأخص الى رأي العناصر السليمة فيه وان تعارض رأي هذه العناصر السديدة مع بعض العادات التي تسير عليها الأكثرية جهلا منها بمـا هـو حسن وما هو قبيح .

ويعتبر بصفة عامة مخالفا للآداب كل عمل يقصد به خداع شخص أو خداع الجمهور على وجه الاطلاق ، كمـا يعتبر منافيا لها كل تعهـد يتـم بغرض الحصول على كسب غير حلال ، كتعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال ، أو تعهد السارق برد المسروقات مقابـل مبلـغ مـن النقـود .

على أن أهم تطبيقات فكرة الآداب هي ما تناولت العلاقات الجنسية وبيوت العهارة والمقامرة . فبالنسبة للعلاقات الجنسية مثلا يعتبر مخالفـا للآداب كل اتفاق على دفع مبلغ من المال مقابل انشاء علاقة جنسية غـير شرعية أو مقابل استمرارها ، أو العودة اليها بعد انقطاعها وبالنسبة لبيوت العهارة يعتبر باطلا كل اتفاق يتعلـق باستغلالهـا ولو رخص بها اداريا ، ويسري على نوادي القمـار ما يسري على بيـوت العهـارة من أحكـام (م ٧٣٩ مدني) .

الباب الثاني

مصادر القانون

٣٨ ـ المصادر المادية والمصادر الرسمية :

يقصد بالمصادر المادية للقاعدة القانونية مجموعة العوامل التي تحمل على وضع القاعدة وتحدد مضمونها . وهذه العوامل قد تكون اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية أو دينية أو أخلاقية ، أو غير ذلك من العوامل التي تحيط بالبيئة والجماعة .

كذلك يقصد بالمصادر المادية الأصل التاريخي أو مايسمى بالمصدر التاريخي للقاعدة القانونية، فالقانون الروماني يعتبر أصلا تاريخيا للقانون الفرنسي ، كما أن القانون الفرنسي والشريعة الاسلامية وكذا القانون الجرماني تعتبر مصادر تاريخية للقانون المدني المصري الحالي .

أخيرا يعتبر الآن من المصادر المادية الفقه والقضاء . ويقصد بالفقه مجموعة الآراء التي تدين بها غالبية الفقهاء أو الشراح . ويقصد بالقضاء مجموعة المبادىء العامة التي تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يطرح عليها من أقضية للفصل فيها .

ويطلق على الفقه والقضاء الآن اسم المصادر التفسيرية لأنهما يسهمان في توضيح القاعدة القانونية وازالة ما بها من غموض أو لبس •

أما المصادر الرسمية ، وتسمى كذلك بالمصادر الشكلية ، فتتمثل في الوسائل التي بها يتوافر للقاعدة القانونية صفتها الالزامية ، ويأتي التشريع الآن في مركز الصدارة بالنسبة لهذه المصادر •

٣٩ ـ تطور المصادر الرسمية :

ذكرنا أن التشريع يحتل الآن مركز الصدارة بالنسبة للمصادر الرسمية ، غير أن الأمر لم يكن كذلك في الماضي ، وهو ليس ايضا كذلك في جميع الدول •

ففي الماضي ، وفي الجماعات الأولى ، وقبل نشوء الدولة وقيام السلطة التشريعية ، كان العرف هو المصدر الرسمي للقانون • والعرف يستمد مما تواضع عليه الناس في تنظيم علاقاتهم الاجتماعية ، بحيث اعتقدوا لزوم القواعد التي اعتادوا عليها في هذا الشأن •

وتلى العرف الدين ، فقد كان الدين مصدرا رسميا لكثير من القواعد القانونية ؛ لأن من الأديان ما تناول بالتنظيم مسائل المعاملات بجانب مسائل العبادات • غير أن دور الدين أخذ يتضاءل في المجتمعات الحديثة بحيث أصبح مصدرا ماديا لكثير من القواعد التشريعية •

كذلك كان للفقه والقضاء دورهما كمصدرين رسميين للقانون في الشرائع القديمة ، أما الآن فيعتبران (مع تحفظ بالنسبة للقضاء) مصدرا تفسيريا له •

ومع تقدم المجتمعات الحديثة وزيادة العلاقات الاجتماعية فيها ،

تنيجة لاطراد مطالب الحياة وتنوعها وتشعبها ، أصبح التشريع هو الوسيلة الأكثر يسرا والأسرع في انشاء القاعدة القانونية ، وترتب على ذلك أن أصبح له الصدارة بالنسبة لغيره من المصادر الرسمية .

٤٠ ـ المصادر الأصلية والمصادر الاحتياطية :

تختلف المصادر الرسمية تبعا لاختلاف مركزها ، فما يأتي منها في الصادرة يطلق عليه اسم المصادر الأصلية ، وما يليها في المرتبة يسمى بالمصادر الاحتياطية .

وقد رتب المشرع المصري المصادر الرسمية عند وضع الأحكام التمهيدية للتقنين المدني ، ولما كان هذا التقنين يعتبر بمثابة الأصل بالنسبة لباقي فروع القانون الخاص ، فيكون الترتيب المنصوص عليه في المادة الأولى من هذا التقنين ترتيبا عاما يراعى أيضا بالنسبة لهذه الفروع .

وتنص المادة السالفة الذكر على أنه « ١ ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها . ٢ ـ فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

ومعنى ورود المصادر الرسمية للقانون في هذه المادة على هذا النحو التنازلي ، أن يعتبر التشريع هو المصدر الأصلي الذي يتعين على القاضي الالتجاء اليه أولا ، وألا يعدل عنه الى غيره الا اذا سكت عن معالجة موضوع معين أو أحال في شأنه الى مصدر آخر . أو بعبارة أخرى يعتبر التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي ، أما ما عداه فمصادر احتياطية لا

يرجع اليها القاضي الا اذا اعوزه في التشريع الحكم الواجب التطبيق .

غير أنه لما كان القانون المدني ، كما سبق أن ذكرنا ، لا يتعرض بالتنظيم الا للمعاملات المالية ، ويترك مسائل الأحوال الشخصية لأحكام الدين والملة ، فان المصادر الرسمية في هذه المسائل هي التشريع والدين . واذا كانت معظم أحكام التشريع في هذا الخصوص مستمدة من الدين وعلى الأخص من الشريعة الاسلامية ، الا أن هذا لا يعني تقديم الدين على التشريع في الترتيب ، بل يتعين على القاضي حتى في مسائل الأحوال الشخصية الرجوع الى التشريع أولا ، فان لم يجد فيه حلا للنزاع المعروض عليه ، رجع الى الدين . ولا يقصد بالدين هنا الدين الاسلامي فحسب ، بل يقصد به كذلك الأديان السماوية الأخرى وهي المسيحية واليهودية .

هذا فيما يتعلق بالقانون المصري . أما القانون اللبناني فقد جاء خلوا من نص يحدد ويرتب المصادر الرسمية ، وان كان يمكن القول بصفة عامة أن الترتيب المعمول به في القانون المصري ، من الممكن الأخذ به في القانون اللبناني كذلك .

ففي مسائل المعاملات المالية يأتي التشريع في الصدارة كمصدر أصلي ، ثم يليه العرف كمصدر احتياطي ، فان لم يجد القاضي حلا في التشريع أو العرف ، تعين عليه الالتجاء الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

أما مبادىء الشريعة الاسلامية التي تلي العرف كمصدر احتياطي في

القانون المصري ، فلا يؤخذ بها في القانون اللبناني لعدم ورود نص خاص في شأنها .

وفي مسائل الأحوال الشخصية تكون المصادر الرسمية على الترتيب هي التشريع والدين كما في القانون المصري . ويقصد بالدين الأديان السماوية المعترف بها كما في ذلك القانون أيضا ، أي الاسلام والمسيحية واليهودية .

٤١ - تقسيم :

سنتبع في دراستنا لمصادر القانون ، البحث في المصادر الرسمية أولا ، والكلام في المصادر التفسيرية ثانيا .

الفصل الاول

المصادر الرسمية

٤٢ ــ بيان هذه المصادر :

رأينا أن المصادر الرسمية تنقسم الى مصادر أصلية وأخرى احتياطية . وعلى هذا سنبدأ بدراسة المصدر الأصلي وهو التشريع ، ثم نعرض بعد ذلك للمصادر الاحتياطية وهي الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، والعرف ، ومبادىء الشريعة الاسلامية ، وأخيرا مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

الفرع الأول
المصدر الأصلي
التشريع
La législation

٤٣ ــ تقسيم :

سنتناول في دراستنا للتشريع المسائل الآتية : أولا ــ التعريف بالتشريع وخصائصه ؛ ثانيا ــ أنواع التشريع ؛ ثالثا ــ سن التشريع ونفاذه .

المبحث الأول

التعريف بالتشريع وخصائصه

٤٤ ـ التعريف بالتشريع :

التشريع هو التعبير بواسطة السلطة المختصة عن القواعد القانونية . ويتم هذا التعبير في ألفاظ معينة ، ولذا يطلق على القواعد القانونية التي مصدرها التشريع اسم القانون المكتوب ، لأن معناها مصاغ في قالب مدون مسطور . وهو في هذا يفترق عن العرف الذي يطلق عليه اسم القانون غير المكتوب ، لأن العرف كما سنرى يستخلص من اتباع وتكرار الجماعة لقاعدة سلوك معينة مع الاعتقاد بلزومها ، ولذا غالبا ما يعتريه الغموض ويكتنفه الابهام .

وبجانب المعنى السالف لكلمة التشريع ، فقد يقصد به معنا آخر هو مجموعة القواعد القانونية المنظمة لموضوع ما كتشريع العمل مثلا .

٤٥ ـ مزايا التشريع :

للتشريع مزايا عدة يمكن اجمالها فيما يلي :

أولا ـ أن التشريع وهو يرد في نصوص مكتوبة يمتاز عادة بالوضوح ، لأن هذه النصوص يتم صياغتها من قبل جماعة متخصصة ، وبذا يسهل التعرف على القاعدة القانونية من قبل الجميع مما يحقق الأمن المدني واستقراره .

ثانيا ـ أن السهولة التي يمكن أن يتم بها وضع التشريع أو تعديله أو الغائه تمكن الشارع من مواجهة التغيرات الاجتماعية أو الاقتصادية في الجماعة على نحو يمكن القانون من القيام بوظيفته الاجتماعية .

ثالثا ــ أن التشريع يحقق للدولة وحدة القانون فيهـا لأنه يسري بمفهوم واحد على جميع أنحائها ، بخلاف العرف الـذي كثيرا ما يختلف من جهة الى جهة أخرى في نفس الدولة .

رابعا ــ أن التشريع لا يقتصر على تنظيم الحيـاة الاجتماعيـة كمـا يريدها الأفراد ، بل هو وسيلة لاصلاح الجماعة عن طريق ادخـال نظـم أو مبادىء يرى المفكرون فيها خيرا وفلاحا لأوطانهم .

٤٦ ــ عيـوب التشريـع :

على الرغم من المزايا السالفة الذكر التي يتمتع بها التشريـع ويفضل بها غيره من مصادر القانون ، فقـد عيب عليه اتصافـه بالجمـود ، لأن صياغته في ألفاظ محددة تقعد به عن التطور ومجاراة التغييرات الحادثـة في الجماعة ، وفي هذا يبزه العرف ، اذ بفضل مرونته ونبوعه من حاجـات الجماعة ، فأنه يسهل مسايرته للتطـورات الاجتماعيـة والاقتصادية التي قد تطرأ عليها .

كذلك عيب على التشريع أنه قد يأتي غير ملائـم لظروف الجماعـة وضميرها ، لأنه من عمل سلطة مختصة قد ترى فرضه على الجماعة .

غير أن أوجه النقد هذه تتضائل في الواقـع اذا تذكرنا السهولة التي يصدر بها التشريع لمواجهة حاجـات المجتمـع ومتغيراتـه الاجتماعيـة والاقتصاديـة ، وأن صدور تشريـع مخالف لما تستشعره الجماعـة أمر نـادر الحـدوث .

المبحث الثاني

انواع التشريع

٤٧ ـ تدرج التشريعات من حيث القوة :

هناك ثلاثة أنواع من التشريعات تتدرج من حيث القوة ، فيأتي في القمة التشريع الأساسي أي الدستور ، ثم يليه في المرتبة التشريع العادي أي التشريع الرئيسي ، وفي النهاية يأتي التشريع الفرعي .

وهذا التدرج في القوة تترتب عليه نتيجة هامة هي وجوب عدم مخالفة تشريع أدنى لتشريع أعلى ، فلا يجوز أن يصدر التشريع العادي مخالفا للتشريع الأساسي ، ولا يجوز أن يأتي التشريع الفرعي مخالفا للتشريع العادي أو التشريع الأساسي . فاذا حصل تعارض بين تشريعين متفاوتين في المرتبة وجب بطبيعة الحال تغليب التشريع الأعلى ، والسلطة المختصة بمراقبة صحة التشريعات من حيث الشكل والموضوع هي السلطة القضائية .

٤٨ ـ التشريع الاساسي :

التشريع الأساسي للدولة هو الدستور ، والدستور كلمة فارسية معناها الأساس أو القاعدة .

والدستور هو أساس كل السلطات ، واليه تستند الهيئات العامة ، ويمتاز عن بقية أنواع التشريع بأنه يصدر من سلطة مغايرة للسلطة التشريعية العادية . فقد يكون الدستور منحة من الحاكم ، وقد يتم عن طريق اتفاق الحاكم والشعب أي يتم في شكل عقد بينهما ، وقد تضعه

جمعية وطنية تأسيسية ينتخبها الشعب لهذا الغرض ، وقد يضعه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء ، أخيرا قد ينشأ الدستور بحكم العادة والتقاليد ويكتسب قوته الالزامية بحكم العرف كالدستور الانجليزي •

هذا عن طريقة نشأة الدستور ، أما عن طريقة تعديله فتنقسم الدساتير في هذا الشأن الى قسمين : دساتير مرنة ودساتير جامدة •

والدستور المرن هو الذي يمكن تعديله عن طريق التشريع العادي الذي تصدره السلطة التشريعية ، كالدستور الانجليزي •

والدستور الجامد هو الذي يتعين لامكان تعديله اتباع اجراءات معينة لا تتبع بالنسبة للتشريع العادي كالدستور المصري والدستور اللبناني • وجمود الدستور يجنبه كثرة التعديلات ويكفل له الثبات والاستقرار •

٤٩ ـ التشريع الرئيسي :

التشريع الرئيسي أو التشريع العادي هو الذي تضعه السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور • ويطلق على التشريع العادي اسم القانون (La Loi) . ويقصد بكلمة القانون هنا مجموعة القواعد التشريعية التي تضعها الهيئة النيابية • وسنتناول فيما بعد كيفية سن القانون أي التشريع العادي •

٥٠ ـ التشريع الفرعي :

التشريع الفرعي هو التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في هذا الشأن في الدستور في حالات معينة •

وهذا الاختصاص التشريعي ـ الذي يخرج بالسلطة التنفيذية عن مهمتها الأصلية وهي تنفيذ القانون ـ يعتبر اختصاصا أصليا تمارسه في الحالات المنصوص عليها في الدستور حتى مع وجود السلطة التشريعية • ويطلق على هذا النوع من التشريع في مصر اسم اللائحة ، أما في لبنان فيطلق عليه اسم مراسم تنظيمية أو مراسم عامة أو أنظمة ادارية •

واللوائح على أنواع ثلاثة هي : لوائح تنفيذية ، ولوائح تنظيمية ، ولوائح ضبط •

فأما اللوائح التنفيذية فهي ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنفيذ القانون العادي الصادر عن السلطة التشريعية ، ذلك أن القانون العادي كثيرا ما يقتصر على القواعد العامة . ويترك النواحي التفصيلية التي تقتضيها ضرورات التطبيق للسلطة التنفيذية ، لأنها أقدر على تعرفها بحكم اتصالها بالجمهور من السلطة التشريعية •

واذا كان الغرض من اللائحة التنفيذية هو تنفيذ القانون ، فيجب بطبيعة الحال ألا تتضمن تعديلا أو الغاء لقاعدة فيه •

أما اللوائح التنظيمية فهي التشريعات التي تسنها السلطة التنفيذية لتنظيم وترتيب المصالح والهيئات العامة بحكم اختصاصها في ادارة هذه المصالح والهيئات •

أما لوائح الضبط فهي القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على الأمن وكفالة السكينة وحماية الصحة العامة كلوائح المرور واللوائح المنظمة للمحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة •

المبحث الثالث

سن التشريع ونفاذه

٥١ ـ سن التشريع :

نقتصر هنا في الكلام على سن التشريع على دراسة التشريع العادي الذي تختص بوضعه السلطة التشريعية .

ويحتاج سن التشريع لمراحل عدة هي :

أولا ـ اقتراح التشريع : واقتراح التشريع بمعنى عرضه على الهيئة النيابية حق لرئيس الجمهورية ولأي عضو من أعضاء المجلس النيابي .

ثانيا ـ التصويت على التشريع : ويتم هذا التصويت بعد مناقشة المجلس لمشروع القانون . ولا يجوز للمجلس النيابي اتخاذ قرار في شأن مشروع القانون الا اذا حضر الجلسة أغلبية الأعضاء . والأصل أن يصدر قرار المجلس بالأغلبية المطلقة لعدد الحاضرين الا اذا اشترط في موضوع معين أغلبية خاصة . وبديهي أنه عند تعادل الأصوات يعتبر المشروع مرفوضا .

ثالثا ـ عدم اعتراض رئيس الجمهورية : ذلك أن لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على مشروعات القوانين التي يقرها المجلس النيابي ، والغرض من هذا الاعتراض هو حمل المجلس على مراجعة قراره والعدول عن مشروع القانون .

واعتراض رئيس الجمهورية يجب أن يتم في خلال ثلاثين يوما من

تاريخ ابلاغ المجلس اياه ، فاذا لم يرد مشروع القانون الى المجلس قبل نفاذ هذا الميعاد أو رده في خلاله وأقره المجلس مرة أخرى ، بموافقة ثلثي أعضائه وفقا للدستور المصري [1] ؛ أو بموافقة أغلبية أعضائه وفقا للدستور اللبناني [2] ؛ أعتبر قانونا وأصدر .

هذا ويلاحظ أنه اذا كان الأصل أن اختصاص سن التشريع العادي هو من حق السلطة التشريعية ، الا أنه في حالات استثنائية تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في القيام بهذا العمل . وهذه الحالات هي : حالة الضرورة ، وحالة التفويض ، وحالة الاستعجال في الدستور اللبناني دون الدستور المصري .

٥٢ ـ حالة الضرورة :

عرض الدستور المصري في المادة ١٤٧ منه لسلطة رئيس الجمهورية في سن القوانين أي التشريعات العادية في حالة غياب المجلس النيابي أما بسبب حله أو بين أدوار انعقاده ، فقرر أنه : اذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون .

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائما ، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته . فاذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها

---

(١) راجع المادتين ١١٢ و ١١٣ من الدستور المصري (١٩٧١) .
(٢) راجع المادة ٥٧ من الدستور اللبناني .

من قوة القانون ، دون حاجة الى اصدار قرار بذلك • واذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر •

والسلطة التي يتولاها رئيس الجمهورية في هذا الشأن سلطةمقيدة لأنها يتولاها باعتباره رئيسا للسلطة التنفيذية . ولذا لا يجوز له مباشرتها الا اذا دعت الضرورة الى ذلك في غيبة المجلس النيابي ، كما أنه يتعين عرض القرارات الصادرة على المجلس لاقرارها في أقرب فرصة على التفصيل السابق الذكر . ولذا تسمى هذه التشريعات بتشريعات الضرورة •

واذا كان الدستور اللبناني لم ينص على هذه الحالة ، الا أن الفقه يتجه الى امكان صدور مراسيم لها قوة القانون في حالة غياب مجلس النواب اذا جد من الأمور ما لا يحتمل التأخير •

٥٣ ـ حالة التفويض :

قد تدعو الحاجة أو المصلحة الى قيام المجلس النيابي بتفويض رئيس الجمهورية في سن القوانين في مسائل معينة ، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لفرض الضرائب أو الرسوم ، اذ قد تقضي المصلحة بكتمان تفاصيلها لمنع التهرب منها •

وقد تعرض الدستور المصري في المادة ١٠٨ منه لهذه الحالة فقرر أنه « لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات

لها قوة القانون • ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها •

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فاذا لم تعرض ، أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها ، زال ما كان لها من قوة القانون » •

وظاهر من هذا النص أن المشرع حرص على احاطة تفويض رئيس الجمهورية في سن القوانين بقيود عدة هي : (١) أن هذا التفويض لا يكون الا عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية • (٢) أن يصدر التفويض من المجلس بأغلبية ثلثي أعضائه لا بأغلبية ثلثي الحاضرين • (٣) أن يكون التفويض لمدة محددة • (٤) أن يتضمن التفويض بيان الموضوعات التي يتم التفويض في شأنها والأسس التي تراعى عند اصدار القرارات فيها • (٥) أن تعرض على المجلس في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فاذا لم تعرض أو لم يوافق عليها زال ما كان لها من قوة القانون •

واذا كان الدستور اللبناني لم يتضمن نصا في شأن التفويض ، الا أن العرف قد جرى على قيام مجلس النواب بتفويض الحكومة في اصدار مراسيم تسمى بالمراسيم الاشتراعية لمواجهة حالة استثنائية عاجلة •

٥٤ ـ حالة الاستعجال في القانون اللبناني :

تنص المادة ٥٨ من الدستور اللبناني على أن « كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلا بموافقة مجلس الوزراء مشيرة الى ذلك بمرسوم الاحالة ، يمكن لرئيس الجمهورية بعد مضي أربعين يوما من طرحه على

المجلس دون أن يبت به أن يصدر مرسوما قاضيا بتنفيذه بعد موافقة مجلس الوزراء » .

وظاهر أن هذا النص قد جاء مخالفا للاوضاع الدستورية المألوفة ، لأنه يعطي السلطة التنفيذية حق نزع التشريع من السلطة التشريعية وهي الأصيلة . ولذا فقد انتقده الفقهاء .

٥٥ ـ نفاذ التشريع :

يتوافر للتشريع أيا كان نوعه وجوده القانوني اذا تم سنه بمعرفة السلطة المختصة . ولكن الوجود القانوني للتشريع لا يعني نفاذه ، بل لا بد لكي يصبح نافذا من أن يمر بمرحلتين : الأولى مرحلة الاصدار (La promulgation) والثانية مرحلة النشر (La publication) .

٥٦ ـ الاصدار :

الاصدار هو شهادة من السلطة التنفيذية بمولد القانون الجديد ، وأمر صادر من رئيسها الى عمالها بتنفيذه كتشريع من تشريعات الدولة . وسلطة اصدار التشريع من اختصاص رئيس الجمهورية .

٥٧ ـ النشر :

النشر عملية الغرض منها تمكين كل فرد من الاطلاع على التشريع . وعملية النشر هذه واجبة بالنسبة لكل أنواع التشريع ، سواء أكان تشريعا أساسيا أم تشريعا رئيسيا أم تشريعا فرعيا ، حتى يتمكن الناس من العلم به ، وإلا يكون في تطبيقه مفاجأة لهم .

والطريقة المعتمدة لافتراض هذا العلم هو نشر التشريع في الجريدة

الرسمية للدولة . ولا تغني عن هذه الطريقة أية طريقة أخرى كالنشر في الصحف أو بطريق الاذاعة ، بل ان العلم الفعلي بالتشريع لا يغني عن العلم القانوني المستفاد من النشر في الجريدة الرسمية ، ولا استثناء لهذه القاعدة في القانون المصري .

أما القانون اللبناني فيجوز النشر بوسيلة من وسائل الاعلان الأخرى في حالة الضرورة (١) .

هذا ويجب نشر التشريع في خلال مدة معينة مع تحديد ميعاد نفاذه . والى هذا أشارت المادة ١٨٨ من الدستور المصري بقولها : « تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال اسبوعين من يوم اصدارها ، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها ، الا اذا حددت لذلك ميعاد آخر » .

أي أن مدة الشهر يجوز النص على اطالتها أو تقصيرها ، بل ان المصلحة قد تقضي بالنص على أن يبدأ نفاذ التشريع من تاريخ نشره .

الفرع الثاني

المصادر الاحتياطية

٥٨ ـ تحديد هذه المصادر :

سبق أن ذكرنا أن المصادر الاحتياطية للقانون هي : الدين في

---

(١) المادة الاولى فقرة ثالثة من المرسوم الاشتراعي رقم ٩ بتاريخ ١٩٣٩/١١/٢١ ، المضافة بالمرسوم الاشتراعي رقم ١٦ بتاريخ ١٩٤٣/٤/١٣ .

مسائل الأحوال الشخصية . والعرف ؛ ومبادىء الشريعة الاسلامية في مسائل المعاملات المالية في القانون المصري دون القانون اللبناني ؛ وأخيرا مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة • وسنعرض لكل مصدر من هذه المصادر •

المبحث الأول

الدين

La Réligion

٥٩ــ الدين كمصدر رسمي للقانون :

من الأديان ما لا يقتصر على تنظيم علاقة الانسان بخالقه ، أو علاقته بنفسه . بل يتناول أيضا علاقته بغيره . أي ينظم معاملاته مع بني جنسه ، وبذا تتناول أحكامه بجانب العقائد والعبادات مسائل المعاملات ، كالدين الاسلامي والدين اليهودي •

أما الدين المسيحي فقد اتجه أساسا الى كل ما يتعلق بالعقيدة ولم يتناول من مسائل المعاملات الا النذر اليسير ، ولذا قام رجاله بوضع ما يسمى « بالقانون الكنسي » لتنظيم مسائل الزواج والميراث وغيرهما من مسائل الأحوال الشخصية ، مهتدين في عملهم بروح الديانة المسيحية • وقد كان الفصل في هذه المسائل من اختصاص القضاء الكنسي ، واستمر الأمر كذلك حتى ضعفت سلطة الكنيسة وقوي سلطان الدولة وأصبح القضاء في جميع هذه الأمور من اختصاص المحاكم المدنية ، وهي تطبق قانونا مستمدا من مبادىء القانون الروماني ، وان ظل للقانون الكنسي أثره فيما يتعلق بأمور الزواج للاعتقاد بأن رباط الزوجية رباط ديني كما هو رباط قانوني •

٦٠ ـ الدين الاسلامي كمصدر رسمي للقانون في مصر :

ظلت الشريعة الاسلامية المصدر الرسمي الأول للقانـون في سائـر البلاد العربية حتى عهد قريب • ففي مصر ومنذ الفتح الاسلامي الى عهد اسرة محمد علي كانت الشريعة الغراء هي القانـون الـواجب التطبيـق بالنسبة لجميع الأشخاص وفي كافة المجالات ، ما تعلـق منها بالأحـوال الشخصية أو المعاملات المالية : وان خضع غير المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية لقانون الملة •

وقد ساعد على هذا الوضع المرمـوق بالنسبة للشريعـة الاسلامية أنهامن ناحية قد تناولت بالتنظيم كافـة شئون المعاملات ، وأنها من ناحية أخرى لم تتعرض لمنافسة أي قانون آخر كالقانون الروماني •

واستمر هذا الوضع المزدهر بالنسبة للشريعة الاسلامية حتى قفـل باب الاجتهاد ، فوقف تطور الشريعة ، واقتصر رجـال الفقـه على تقليد أئمة المذاهب الأربعة •

وقد أدى هذا الجمود وقصور القواعد السـائدة عن مواجهة حاجات العصر ومتطلباته أن بدأ نفوذ القانون الفرنسي ينتشر في مصر ، فوضعت بعض التشريعات المستمدة من هذا القانون ، كقانون التجارة وبعض قواعد القانون الجنائي •

ولما أنشئت المحاكم المختلطة في عام ١٨٧٥ ، ثم المحاكم الأهليـة في عام ١٨٨٣ ، تتابع صدور القوانين الوضعية وهي القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات والقانون الجنائي وقانون تحقيق الجنايات • وجميع هذه القوانين مستمـدة من القانـون الفرنسي ، ولم تأخـذ من

الشريعة الاسلامية الا النذر اليسير من الأحكام في مسائل الشفعة وبيع المريض مرض الموت والغبن وبعض موضوعات البيع والايجار . وبذلك تبدل موقف الشريعة الاسلامية في هذا المجال من مصدر رسمي الى مصدر تاريخي لما استمد منها من قواعد في هذه القلة من المواضيع .

غير أن الشريعة الاسلامية ظلت مصدرا رسميا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ولبعض موضوعات المعاملات المالية التي لم تتعرض لها القوانين السالفة الذكر ، وهذه هي مسائل الوقف والهبة والحكر . ولو أنه بعد صدور التقنين المدني الحالي الذي تناول بالتنظيم موضوعي الهبة والحكر تقلص أيضا موقف الشريعة كمصدر رسمي بالنسبة لهما كذلك .

٦١ ـ الدين كمصدر رسمي للقانون في لبنان :

اختلف مركز الدين كمصدر رسمي للقانون في لبنان ومر بأدوار متعددة يمكن انجازها فيما يلي :

الدور الأول ويبدأ من الفتح الاسلامي حتى صدور التقنينات العثمانية في أواسط القرن الماضي. وفي هذه الفترة كانت الشريعة الاسلامية هي المصدر الرسمي للقانون اللبناني بصفة عامة ، اذ كانت أحكامها هي السارية بالنسبة لجميع الأشخاص وفي كافة المسائل ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية ، وان استثني غير المسلمين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية التي تركت لشرائعهم الدينية .

الدور الثاني ويبدأ بصدور التقنينات العثمانية حتى عهد الانتداب الفرنسي . وفي هذه الفترة أصبحت الشريعة الاسلامية بالنسبة للموضوعات

التي تناولتها هذه التقنينات مصدرا تاريخيا بعد أن كانت مصدرا رسميا لها .

غير أن الشريعة الاسلامية ظلت مصدرا رسميا بالنسبة لنوعين من المسائل أغفلت هذه التقنينات تنظيمها ، وهذه هي مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الوقف ، مع التحفظ الخاص بغير المسلمين اذ كانوا يخضعون في مسائل الأحوال الشخصية لشرائعهم الدينية .

الدور الثالث ويبدأ من عهد الانتداب الفرنسي حتى عهد الاستقلال ، وفي هذه الفترة تمت الأمور الآتية :

أولا ــ فقدت المحاكم الشرعية ما كان لها من ولاية عامة فيمسائل الأحوال الشخصية ومسائل الوقف ، وبذلك زال ما كان لها من اختصاص بنظر قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين اذا اختلفوا ملة أو تراضوا على قبول اختصاصها .

ثانيا ــ قسم المسلمون الى طوائف مستقلة مما استتبع تعدد المحاكم وتعدد القواعد التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية . فقد قسمت المحاكم الشرعية الأصلية الى نوعين ، هما المحاكم السنية بالنسبة لأهل السنة ، والمحاكم الجعفرية بالنسبة لأهل الشيعة ، وقامت الى جوارها محاكم أخرى هي المحاكم الدرزية بالنسبة الى الدروز .

ثالثا ــ بدأت في هذه الفترة « علمنة القانون » في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ؛ فصدرت تشريعات علمانية أي مدنية أي غير مستمدة مباشرة من الدين ، كقانون الوصية لغير المسلمين الصادر في آذار سنة ١٩٢٩ .

الدور الربع ويبـدأ من عهـد الاستقـلال ، وقـد تميز بتأكيـد أمريـن :

الأول ـ عدم التمييز بين المحاكم الشرعية وغيرهـا مـن المحاكـم المذهبية لغير المسلمين (قانون تنظيم القضـاء الشرعي الصادر في ١٦ تموز سنة ١٩٦٢) .

الثاني ـ الاستمرار في سياسة علمانية القانون بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين : من ذلك قانـون ٢ نيسان سنة ١٩٥١ الخاص بتحديد صلاحيات المراجـع المذهبيـة المسيحيـة والاسرائيلية ، وقانون الارث لغير المحمدين الصادر في ٢٢ حزيران سنة ١٩٥٩ .

المبحث الثانـي

العـرف

La Coutume

٦٢ ـ مركز العرف بالنسبة لغيره من المصادر :

العرف أقدم مصادر القانون ، ففي الجماعات الاولى ، وقبل نشوء الدولة ووجود هيئة تشريعية ، اضطر الافراد تحت ضغط الحاجـات الظروف ، الى ايجاد قواعد تسد مطالبهم الاقتصادية وحاجياتهم الاجتماعية ومشاربهم الخلقية ، وما القوانين القديمة المكتوبة الصادرة من الحكام أي القواعد القانونية التشريعية ، التي يحدثنا عنها التاريـخ كقانـون حمورابي سنة ٢٠٠٠ قبل الميلاد والالواح الاثني عشر الرومانية المعرفة ، الا مجرد تدوين للقواعد العرفية التي كان معمولا بها .

ولما تقدمت الجماعة وتطورت ظهر بجانب العرف مصادر اخـرى

وهي الدين ثم التشريع الذي يحتل الان مكان الصدارة بالنسبة لجميع المصادر على ما سبق أن بينا •

والعرف ينشأ اذا خط الناس لأنفسهم سنة معينة أو قاعدة معينة لتنظيم روابطهم الاجتماعية أو الاقتصادية ، واطرد اتباع هذه القاعدة ، وثبت وتقادم ، وعم وانتشر تحت ضغط الحاجة والميل الى المألوف وحب التقليد ، وقام في ذهن الجماعة لزوم هذه القاعدة •

٦٣ ـ مزايا العرف وعيوبه :

اذا كان للعرف ميزة الانبثاق من ظروف الجماعة الاقتصادية والاجتماعية ، بحيث تأتي قواعده ملبية لاحتياجاتها ومتطلباتها ، على عكس التشريع الذي قد يفرض على الجماعة على ما سبق أن رأينا •

واذا كان للعرف مزية التطور بتطور شتى الظروف المحيطة بالجماعة، بخلاف التشريع الذي تفرض عليه نصوصه المكتوبة نوعا من الجمود ، فان العرف لا يخلو مع ذلك من العيوب •

فقد عيب على العرف انه طريقة بطيئة لتطوير القانون ، لانه يؤخذ من اعتياد الجماعة على سنة معينة، والاعتياديحتاج الىزمنطويلحتىيتوافر للقاعدة العرفية الثبات والاستقرار ، في حين انالحياة في عصرنا هذا لا تحتمل مثل هذا البطء ، ولذا كان التشريع اجدى وأسرع منه في تلبية ما يجد من حاجات المجتمع •

كذلك أخذ على العرف ، وهو قانون غير مكتوب ، ما قد يعتريه من غموض وابهام ، بعكس التشريع ، فان صياغته في نصوص مكتوبة محكمة تضفي عليه الكثير من الوضوح •

على أن هذه العيوب التي للعرف لا تقدح من أهمية كمصدر احتياطي من مصادر القانون بجانب التشريع •

هذا وستتناول في دراستنا للعرف الكلام : اولا — في تعريفه وشروطه • وثانيا — في مركزه بالنسبة الى التشريع •

المطلب الاول

التعريف بالعرف وشروطه

٦٤ — التعريف :

العرف هو مجموعة القواعد التي كونتها الحاجات الاجتماعية على مر الزمن وتوارثتها الاجيال ، واعتقد الناس وجوب اتباعها ، والتعرض للجزاء عند مخالفتها • ويستبين من هذا التعريف الشروط اللازمة لتكوين القاعدة العرفية •

٦٥ — شروط العرف :

اذا حللنا التعريف السابق الذكر لوجدنا ان العرف يتكون من عنصرين أو ركنين : أحدهما مادي وهو اطراد العمل بسنة معينة والاعتياد عليها ، والآخر معنوي وهو الاعتقادي في لزوم هذه السنة وعدم جواز الخروج عليها •

٦٦ — الركن المادي — الاعتياد على عادة معينة :

يتكون الركن المادي كما سبق ان ذكرنا من اعتياد الناس على سنة معينة أو على قاعدة معينة في تنظيم شأن من شؤون حياتهم الاجتماعية أو الاقتصادية • ويتم هذا الاعتياد بمعزل عن السلطة الحاكمة وتوجيهاتها ،

بمعنى ان الجماعة تتبع هذه السنة من تلقاء نفسها اما لشعورها بضرورتها واما لاستحسانها لها ، وأما لمجرد التقليد لغيرها .

ويطلق على هذا الركن اسم العادة (Usage) ، فمثلا جرت العادة في مصر على ان الزوجة المسلمة تستحضر معها الاثاث اللازم لمنزل الزوجية.

ويشترط في العادة المكونة للركن المادي للعرف عدة شروط هي :

اولا ــ القدم : فالعادة يجب ان تكون قديمة ، بمعنى ان يكون قد مضى على اتباعها والعمل بمقتضاها مدة طويلة ، مما يدل على تأصلها في نفس الجماعة . وليس هناك مقياس زمني لتقدير هذه المدة ، بل الأمر متروك لتقدير القاضي وفقا للظروف ، فهوالذي يقدر ما اذا كانت العادة قد استقرت بحكم القدم أم لا .

ثانيا ــ الثبات : وهو شرط مكمل لشرط القدم لأن به تستقر القاعدة العرفية ، ويقصد به ان يطرد العمل بالعادة بطريقة منتظمة ، فلا يتبعها الناس في وقت ويعدلون عنها في وقت آخر ، وتقدير ذلك متروك للقاضي .

ثالثا ــ العموم : يشترط في العادة أن تكون عامة أي ان تنصرف الى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم ، وهو شرط يجب أن يتوافر في كل قاعدة قانونية أيا كان مصدرها .

ولا يقصد بالعموم أن تنطبق القاعدة العرفية على جميع افراد الجماعة أو على كل اقليم الدولة ، ذلك ان العرف قد يكون محليا أي قاصرا على جزء معين من الاقليم ، أو طائفيا أو مهنيا كالعرف التجاري والعرف الزراعي.

رابعا ــ ألا يتعارض مضمون العادة مع النظام العام أو الآداب . وهذا الشرط من المتصور تطلبه بالنسبة للعرف المحلي أو الطائفي أو

المهني ، لأنه لا يجوز ان يكون أي منها مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجماعة . اما العرف الشامل لكل الناس في كل الاقليم فلا يتصور أن تتطلب فيه هذا الشرط ، لأن فكرة النظام العام أو الآداب هي نفسها نابعة من الجماعة ويساهم في تكوينها وتحديدها العرف الشامل (١) .

٦٧ ـ الركن المعنوي ـ الاعتقاد في لزوم العادة :

لكي يقوم العرف يجب ان يتوافر لدى الناس الشعور ان العادة التي جروا على اتباعها ملزمة لهم ، وانها واجبة الاحترام كالقاعدة التشريعية سواء بسواء ، وأنها تخول حقا يمكن المطالبة به امام القضاء كحق الزوجة في فرنسا في أن تحمل اسم زوجها .

أي أنه بتوافر الركنين المادي والمعنوي تصبح القاعدة العرفية قاعدة قانونية صادرة ومعبرة عن ارادة الجماعة مباشرة ، ويتعين على القاضي تطبيقها باعتبارها قانونا .

اما اذا افتقدت القاعدة او السنة الركن المعنوي فانها لا تعتبر عرفا بل مجرد عادة اتفاقية ، ولذا يجب التمييز بينهما .

٦٨ ـ التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية :

رأينا ان العرف يقوم على ركنين هما الركن المادي أي الاعتياد ، والركن المعنوي أي عقيدة الالزام . اما اذا تخلف هذا الركن الاخير فلا نكون أمام قاعدة عرفية وانما أمام عادة اتفاقية (Usage conventionnel) . وينبني على ذلك ان القاعدة العرفية تلزم المتعاقدين ويتعين تطبيقها ولو

(١) اذا تعارض العرف الشامل مع قاعدة تشريعية آمرة ، وجب بطبيعة الحال تفضيل القاعدة التشريعية ، لان العرف وهي أدنى منزلة من التشريع لا يجوز له أن يتعارض معه .

كانا يجهلانها لتوافر عنصر الالزام فيها . مثلها في ذلك مثل القاعدة التشريعية ؛ فهي تطبق على الافراد ولو لم يعلموا بها ، لأنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بأحكام القانون .

أما العادة الاتفاقية فلا يعمل بها الا اذا اتفق المتعاقدان على الأخذ بها صراحة أو ضمنا ؛ أي أن قوتها مستمدة من اتفاق المتعاقدين عليها ؛ ولذا سميت بالعادة الاتفاقية ، وينبني على ذلك أنه اذا لم يتفق عليها فلا يجوز العمل بها أي لايجوز تطبيق حكمها . ومن الامثلة على العادة الاتفاقية العادية الجارية في مدينة القاهرة من أن المؤجر يتحمل ثمن استهلاك المياه ؛ بعكس العادة الجارية في مدينة الاسكندرية من تكفل المستأجر بها . ومن الأمثلة عليها كذلك أنه في بيع بعض انواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، تحتسب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين وفقا للعادة الجارية في كل منطقة .

هذا ويلاحظ أن العرف كما ينشيء قواعد قانونية آمرة لا يجوز استبعاد حكمها أو الاتفاق على ما يخالفها كحق الزوجة في فرنسا في حمل اسم زوجها ، ينشيء كذلك قواعد قانونية مكملة أو مفسرة كاعتبار أثاث المنزل مملوكا للزوجة المسلمة في مصر . ولما كانت القواعد القانونية المكملة أو المفسرة يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وجب التمييز بينها وبين العادات الاتفاقية .

فالقاعدة المكملة قاعدة قانونية لأنه قد توافر لها عنصر الالزام ، ولكن لعدم تعلقها بالنظام العام او الآداب ، أجاز المشرع الاتفاق على استبعاد حكمها ، أي أن شرط انطباق القاعدة المكملة هو عدم وجود اتفاق على ما يخالفها .

أما العادة الاتفاقية وهي لم ترق الى مرتبة القاعدة القانونية لتخلف

عنصر الالزام فيها ، فلا يعمل بها الا اذا اتفق المت[illegible] على ذلك ، أي، أن
شرط انطباق العادة الاتفاقية هو وجود اتفاق صريـــح أو ضمني يقضي
بذلك •

هذا وينبغي مراعاة ان المشرع كثيرا ما يحيل على العادات الاتفاقية ،
وقد يتجاوز في تسميتها فيطلق عليها اسم العرف ، وفي هذه الحالة لا
تستمد العادة الاتفاقية قوتها من اتفاق المتعاقدين على الاخذ بحكمها ، بل
تستمد هذه القوة من نص القانون ، وفي هذه الحالة تقترب من القاعـــدة
القانونية المكملة ، بمعنى أنها تطبق اذا لم يتفق على استبعاد حكمها ، ومن
الأمثلة على ذلك ما تقتضي به المادة ٢٣٢ من التقنين المدني المصري من أنه
« لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال ان
يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك
كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » •

٦٩ ـ نتائج التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية :

رأينا انالعرف يفترق عن العادة الاتفاقية في انه قد توافر له بجانب
الركن المادي أي الاعتياد ، الركن المعنوي أي الالزام ، في حين أن العادة
الاتفاقية لا تتضمن الا ركن الاعتياد فقط • وبعبارة اخرى ان القاعـــدة
العرفية تفترق عن العادة في أنها قاعدة قانونية استكملت كل شروطها •
وينبني على هذه التفرقة نتائج هامة عدة ، نشير منها الى ما يلي :

أولا ـــ العلم بالعرف : العرف كقانون يفترض العلم به ، لأن القاعدة
ـــ كما سبق أن ذكرنا ـــ أنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بأحكام القانون ،
ولذا فهويطبق على المتقاضين علموا أم جهلوا به •

أما العادة الاتفاقية ، فيتعين العلم بها ، لأن شرط تطبيقها ، كما سبق
القول ، هو الاتفاق الصريح أو الضمني على الأخذ بحكمها •

ثانيا ـ اثبات العرف ـ في كل نزاع يطرح امـام القضاء تثـار مسألتان : مسألة الوقائع ، والقاعدة فيها أن على المدعي اثبات دعواه • ومسألة القانون وتطبيقه على هذه الوقائع ؛ والقاعدة فيها أن على القاضي معرفة القانون ووجوب تطبيقه على الوقائع من تلقاء نفسه أي ولو لـم يطلبه الخصوم ؛ سواء في ذلك أكان قانونا مستندا من التشريع أم مستمدا من العرف •

وبعبارة أخرى ان القاعدة العرفية باعتبارها قاعدة قانونية يفتـرض علم القاضي بها ، ويتعين عليه تطبيقها ولو لم يتمسك بها الخصوم ، ولذا لا يكلف هؤلاء كمبدأ عام باثباتها •

أما العادة الاتفاقية ، فهي من قبيل الوقائع ؛ ولذا يتعين على مـن يتمسك بها من المتقاضين اثبات وجودها واثبات الاتفـاق على الأخـذ بحكمها •

على أنه اذا كان الأصل ـ كما سبق أنذكرنا ـ انالخصوم لا يكلفون باثبات القاعدة العرفية لافتراض علم القاضي بها ، الا انها باعتبارها قاعدة غير مكتوبة ؛ أي باعتبارها مجرد معنى يستخلص من اعتياد الجماعة على العمل به كسنة ملزمة ، قد يصعب على القاضي الالمام بها المامه بالقاعدة التشريعية لأنها قاعدة مصاغة في قالب مكتوب • ولذا يكـون لـه ، أي للقاضي ؛ أن يطلب من الخصم الذي يدعي وجود القاعدة العرفية اقامة الدليل عليها ؛ كما أن لهذا الخصم أن يبادر بتقديم هذاالدليل ولو لم يطلب منه • واثبات وجود القاعدة العرفية يكون بطبيعة الحال بكافة طرق الاثبات •

ثالثا ـ رقابة محكمة النقض على العرف : العرف باعتباره قانونـا

يخضع القاضي في تطبيقه له لرقابة محكمة النقض (أي محكمة التمييز كما تسمى في لبنان) •

أما العادة الاتفاقية ، وهي من قبيل الواقع ، كما سبق القول ، فلا معقب على تقدير قاضي الموضوع لها (قاضي الأساس في لبنان) ، أي لا لرقابة لمحكمة النقض على عمله في هذا الشأن •

المطلب الثاني

مركز العرف بالنسبة الى التشريع

٧٠ ـ منزلة العرف في القوانين الحديثة :

لم يعد للعرف كمصدر رسمي من مصادر القانون المنزلة التي كانت له قديما في أغلب الدول الحديثة •

فقديما ـ كما نعلم ـ كان للعرف مركز الصدارة ، بل كان العرف هو المصدر الوحيد للقانون في الجماعات الاولى ، حتى ظهر بجانبه الدين ثم التشريع •

اما الآن فلم يعد للعرف هذه المنزلة بسبب البطء في تطوره ، وقصوره عن مواجهة ما يجد من ظروف اجتماعية أو اقتصادية تستدعي سرعة التنظيم ، فضلا عما ينقص قواعده من وضوح ودقة في التحديد • ولهذا بزه التشريع وأخذ منه مكان الصدارة •

على أن تأخر العرف في المرتبة لم يفقده اهميته كمصدر احتياطي أو تكميلي بجانب التشريع [١] ، يسد ما فيه من نقص أو يساعد على تحديد مضمونه •

---

(١) يعتبر العرف مصدرا رسميا تكميليا في القانون اللبناني كما هو الشأن في القانون المصري ، وهو ما يستفاد من نص الفقرة الاولى من المادة الرابعة من قانون التجارة اللبناني .

٧١ ـ تقسيم :

ستتناول في دراستنا لمركز العرف بالنسبة الى التشريع البحث في الموضوعات الآتية :

أولا ـ نتائج تأخر العرف عن التشريع في المرتبة من حيث امكانية الغاء قاعدة تشريعية أو مخالفتها .

ثانيا ـ دور العرف المساعد بجانب التشريع .

ثالثا ـ أثر العرف في تكوين فروع القانون المختلفة .

١ ـ نتائج تاخر مرتبة العرف عن التشريع

٧٢ ـ عدم قدرة العرف على الغاء نص تشريعي :

لا يستطيع العرف ـ كقاعدة عامة ـ الغاء نص تشريعي آمر ، سواء وجد هذا النص لتأمين مصلحة عامة من مصالح الدولة الاساسية ، أم وجد لحماية مصلحة خاصة ، لأن الأمر يتعلق في الفرضين بالنظام معا .

كذلك لا يستطيع العرف الغاء نص تشريعي مكمل لأن العرف أدنى مرتبة من التشريع ، ولا يتصور أن الادنى يلغي الاعلى . ولكن العرف يستطيع ـ كما سنرى ـ مخالفة نص تشريعي مكمل أي مفسر ، مثله في ذلك مثل اتفاق المتعاقدين على استبعاد او مخالفة النص المكمل ، دون ان يحمل ذلك محمل القدرة على الالغاء .

ويؤيد هذا الرأي ما تقضي به المادة الثانية من التقنين المدني المصري من أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعي الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء ... الخ » .

وقد علقت على ذلك المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني بقولها « وغني عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى تشريع آخر ؛ يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق » [1] .

٧٣ ـ عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آمر :

كما لا يستطيع العرف الغاء نص تشريع آمر لتعلقه بالنظام العام ؛ لا يستطيع العرف كذلك ان يجري على مخالفته ؛ لأن من شروط العرف ألا يتعارض مع النظام العام أو الآداب . وهذه ــ في اعتقادنا ــ قاعدة مطلقة بالنسبة لكل فرع من فروع القانون ؛ بمعنى أنه لا يجوز أن يجري عرف في المسائل المدنية بما يخالف نصا تشريعيا آمرا من نصوص القانون المدني، ولا أن يجري عرف في المسائل التجارية بما يتعارض مع نص تشريعي آمر من نصوص القانون التجاري [2] .

وما أثار الجدل في هذا الموضوع الا ما قد يجري به العرف التجاري من مخالفة لنص قانوني آمر من نصوص القانون المدني ، علما بأن القانون المدني هو الأصل العام بالنسبة للقانون التجاري ، أي هو الأصل الذي يتعين الرجوع اليه اذا لم يوجد حكم في القانون التجاري ، سواء كان حكما مستمداً من التشريع أم من العرف .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ؛ ج ١ ، ص ١٩٦ .

(٢) هذا هو المعنى المقصود من حكم المادة ٤ / ١ من قانون التجارة اللبناني الذي يوجب على القاضي ــ عند تحديد مفاعيل العمل التجاري ــ تطبيق العرف ما لم يظهر قصد المتعاقدين الى مخالفته ، بشرط الا يكون العرف « متعارضا مع النصوص الاشتراعية الالزامية » . فالمراد هنا هو النصوص الاشتراعية الالزامية اي الآمرة في القانون التجاري .

والرأي عندنا أنه اذا كان المبدأ أن القانون المدني هو الشريعة العامة الأساسية التي تحكم معاملات الأفراد ، الا أن القانون التجاري هو شريعة الخاصة بالنسبة للمعاملات التجارية . وينبني على ذلك أنه اذا وجد حكم في القانون التجاري سواء كان مصدره التشريع أم العرف ، وجب اعمال هذا الحكم ولو تعارض مع نص من نصوص القانون المدني ، لأن هذا القانون الاخير لا تثبت له الولاية الا في حالة قصور أحكام القانون التجاري عن مواجهة النزاع المطروح . وهذا ما اخذت به المادة ٢٣٢ من التقنين المدني المصري في شأن الفوائد ، فقررت انه « لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن اكثر من رأس المال ، وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » . وظاهر من هذا النص ان أحكام القانون التجاري التشريعية او العرفية في شأن الفوائد يعمل بها ولو كانت مخالفة لنصوص القانون المدني .

٧٤ ـ جواز مخالفة العرف للنصوص المكملة :

القاعدة ان النصوص التشريعية المكملة أو المفسرة انما وجدت لتكملة ما نقص من شروط العقد عند سكوت المتعاقدين عن تنظيمها ، وانه اذا ظهرت ارادة المتعاقدين في هذا الشأن وجب الأخذ بها ، ولو اتجهت هذه الارادة الى استبعاد تطبيق أحكام النصوص المكملة أومخالفتها .

واذا كان لارادة الافراد الاتفاق على ما يخالف أحكام النصوص المكملة . فلا شك فيه أنه يجوز ان يجري العرف في الجماعة على ما يخالفها . وقد عنى المشرع الى الاشارة الى ذلك في اكثر من موضع :

فمثلا تقضي المادة ١/٤٥٦ مدني بأنه « يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع . ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » .

فهـذه المـادة وغيرهـا تشير صراحة الـى جـواز مخالفة العرف لنص من النصوص التشريعية المكملة .

٢ ـ دور العرف بجانب التشريـع

٧٥ ـ تحديد دور العرف كمصدر تكميلي :

يقوم العرف بجانب التشريع بدور مساعد يتمثل في تكملة ما نقص من أحكامه ، وفي تحديد وايضاح ما أجمل منها ، وعلى هذا سنتكلم في العرف المكمل للتشريع ثم في العرف المعاون له .

٧٦ ـ العرف المكمل للتشريع :

يعتبر العرف مصدرا احتياطيا للتشريع يلجأ اليه القاضي اذا أعوزه النص ، وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة الاولى من التقنين المدنـي المصري بقولها « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ... الخ » .

وقد علقت على ذلك المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني على هذا الحكم ، فقررت « والواقع ان العرف هوالمصدر الذي يلي التشريع في المرتبة ، فمن الواجب ان يلجأ اليه القاضي مباشرة اذا افتقد النص ... فالعرف هوالمصدر الشعبي الاصيل الذي يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل الى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف اتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام علـى السواء »[١] .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ١٨٧ و ١٨٨ .

٧٧ ـ العرف المعاون للتشريع :

قد يلجأ المشرع الى العرف لتحديد أو ايضاح مضمون قاعدة تشريعية يصعب على الصياغة القانونية الاضطلاع بها ، والامثلة على ذلك كثيرة ومتعددة ، نكتفي هنا بالاشارة الى بعض منها ، من ذلك :

ما تنص عليه المادة ٢/١٤٨ من التقنين المدني المصري من أنه « لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ».

فمثلا جرى العرف في شأن التعامل في بعض المحلات العامة كالفنادق والمقاهي والمطاعم من اضافة نسبة مئوية الى قائمة الحساب مقابل الخدمة ، فهذا الذي جرى به العرف يؤخذ به في تحديد مضمون التزام العميل ولو لم يذكر له .

وما تقضي به المادة ٢/١٥٠ من هذا القانون من انه « اذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي ان يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات » .

والاشارة هنا الى عرف التعامل راجع الى افتراض علم المتعاقدين به ، وأن في السكوت عن ذكر ما يخالفه قرينة على انصراف نيتهما الى العمل بمقتضاه .

٣ ـ اثر العرف في تكوين فروع القانون المختلفة

٧٨ ـ اختلاف اثر العرف باختلاف فروع القانون :

يختلف أثر العرف في تكوين القواعد القانونية باختلاف فروع القانون على ما سنرى .

٧٩ ـ اثر العرف في القانون الدستوري :

يختلف أثر العرف في القانون الدستوري باختلاف الدول . ففي انجلترا كان للعرف الحظ الاوفر في تكوين القواعد الدستورية ، وان بدأ التشريع يأخذ مكانه بجانبه كمصدر للدستور الانجليزي في الوقت الحاضر .

واذا كانت القاعدة أنه بجانب كل دستور عرفي، توجد قواعد دستورية مكتوبة ، وأنه بجانب كل دستور مكتوب ، توجد قواعد دستورية عرفية ، فانه بالتطبيق لهذه القاعدة نجد في كل من الدستورين المصري واللبناني ، وكلاهما دستور مكتوب ، نجد قواعد دستورية عرفية من ذلك : ما جرى عليه العرف في مصر في ظل دستور سنة ١٩٢٣ من تقرير حق السلطة التنفيذية في اصدار لوائح الضبط ، وما جرى به العرف في لبنان من تفويض مجلس النواب للحكومة في اصدار مراسيم اشتراعية في مسائل محددة ولمدة معينة .

٨٠ ـ اثر العرف في القانون الاداري :

يقوم العرف في نطاق القانون الاداري بسد النقص في القواعد التشريعية ، وفي هذا تقول محكمة القضاء الاداري المصرية ان « العرف الاداري الذي استقر العمل عليه واضطرد ، هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة ، بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع ، مما تجوز المؤاخذة عليه » ذلك ان المخالفة القانونية لا تقتصر ، كما تقول محكمة القضاء الاداري ، على مخالفة نص في قانون أو لائحة ، بل هي تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الادارة [١] .

---

(١) محكمة القضاء الاداري بمجلس الدولة في ٤ مايو سنة ١٩٥٠ ، المحاماة ٣١ ـ ٢٣٥ ـ ٧٢ .

٨١ ـ اثر العرف في القانون الدولي العام :

يقوم العرف بدور هام في تكوين قواعد القانون الدولي العام نظرا لعدم وجود هيئة تشريعية دولية مختصة بوضع أحكام هذا القانون كما هو الحال بالنسبة الى القانون الداخلي • ولذا فان الكثير من المبادىء التي يتضمنها القانون الدولي العام انما مردها السنة المطردة التي اتبعتها الدول في تنظيم علاقاتها •

٨٢ ـ اثرالعرف في القانون الجنائي :

لما كانت القاعدة في القانون الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص تشريعي ، انعدم أثر العرف كمصدر لهذا القانون • والحكمة من تقرير القاعدة السابقة هو ضمان حرية الافراد •

٨٣ ـ اثر العرف في القانون المدني :

نظرا لغزارة القواعد التشريعية في القانون المدني ، وعناية المشرع بتنظيم وتفصيل أحكامه ، لم يعد للعرف الا دورا متواضعا في مجال هذا القانون • ومع ذلك فقد رأينا أن المشرع كثيرا ما يحيل الى العرف في الكثير من النصوص ، كما أن من احكام هذا القانون ما ينبع من العرف، كالقرينة العرفية التي تفترض ملكية الزوجة المسلمة لأثاث المنزل في مصر •

٨٤ ـ اثر العرف في القانون التجاري :

يقوم العرف بدور هام في مجال القانون التجاري لعدم وفرة النصوص التشريعية من ناحية ، وقصور هذه النصوص عن مواجهة متطلبات الحياة التجارية المتجددة والمتنوعة بتنوع انواع التجارة من ناحية اخرى • كما ان المشرع قد يقعد قصدا عن تنظيم بعض المسائل التجارية ، تاركا اياها للعرف ، باعتباره أقدر على مواجهتها •

ومن الامثلة على القواعد العرفية في مجال القانون التجاري افتراض التضامن بين المدينين ، بحيث يستطيع الدائن ان يحصل على كل دينه من أي واحد منهم ، في حين أن التضامن لا يفترض في القانون المدني ، بل يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (م ١/٢٤ موجبات و ٢٧٩ مدني) .

ومن الامثلة عليها كذلك جواز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، أو تقاضي فوائد تزيد في مجموعها على رأس المال ، وهو ما تحرمه النصوص التشريعية في القانون المدني المصري (م ٢٣٢) .

المبحث الثالث

مبادىء الشريعة الاسلامية

٨٥ ـ اختلاف الوضع في مجال الاحوال الشخصية عنه في مسائل المعاملات :

رأينا ان الدين يعتبر مصدرا رسميا في مسائل الاحوال الشخصية بجانب التشريع ، بل ان الجانب الأكبر من هذه المسائل لا يزال خاضعا في تنظيمه لأحكام الدين ، وأكثر من ذلك فان النصوص التشريعية التي نظمت بعض مسائل الاحوال الشخصية قد استمدت احكامها من الدين، وعلى الأخص من الشريعة الاسلامية ، وهو ما حمل فريقا من الفقهاء الى اعتبار الدين مصدرا رسميا أصليا في مسائل الاحوال الشخصية [١] .

ويقصد بالدين هنا الشريعة الاسلامية بالنسبة الى المسلمين والشرائع الدينية الاخرى بالنسبة الى غيرهم . هذا مع ملاحظة أنه في مصر تعتبر

(١) راجع توفيق فرج ، الأصول العامة للقانون سنة ١٩٧٢-١٩٧٣ ، ص ٩٧ ، وحسن كيرة ، مبادىء القانون سنة ١٩٦٨ بند ٨٨ وما بعده .

الشريعة الاسلامية هي الأصل العام بالنسبة الى جميع المصريين سواء كانوا مسلمين أم غير مسلمين ، أي أن رجوع غير المسلمين اليها هو الأصل ، وان الرجوع الى شريعتهم الخاصة هو الاستثناء .

أما في مسائل المعاملات المالية فان الشريعة الاسلامية في القانون المصري فقط – دون القانون اللبناني – تعتبر مصدرا رسميا احتياطيا يرجع اليه القاضي بعد العرف .

وقد استحدث المشرع المصري هذا الحكم في التقنين المدني (م ١/٢) استجابة منه لأهمية الشريعة الاسلامية ودورها في تكوين قواعد القانون في مصر .

ومن المتفق عليه ان المقصود بمبادىء الشريعة الاسلامية هنا المبادىء والأصول العامة التي لا تختلف من مذهب الى مذهب آخر من المذاهب الشرعية .

المبحث الرابع

مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة

٨٦ – الغرض من الاحالة الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

نصت المادة الاولى من التقنين المدني في فقرتها الثانية على أنه « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ؛ فاذا لم يوجد ، فبمقتضى الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

أي أن على القاضي ، في النزاع المطروح أمامه ، الرجوع اولا الى

النص التشريعي ، ولا يجوز له العدول عنه بحجة الغموض والابهام ، بل عليه تفسيره وفق القواعد التي وضعها له المشرع .

وان لم يجد نصا تشريعيا لجأ الى العرف ، فان لم يجد رجع الى مبادىء الشريعة الاسلامية ، وان لم يجد فلا يجوز له النكول عن القضاء ، لأن نكول القاضي عن القضاء جريمة يعاقب عليها القانون (م ١٢٢ من قانون العقوبات المصري و ٣ من قانون اصول المحاكمة المدنية اللبناني) ، بل يتعين عليه في هذه الحالة الرجوع الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة لاستلهام الحكم الواجب التطبيق .

٨٧ ـ المقصود بالقانون الطبيعي وقواعد العدالة :

ليس المقصود هنا بالقانون الطبيعي ذلك القانون الأزلي الذي يكشفه العقل البشري والذي يسمو على جميع القوانين الوضعية ؛ والذي لا يتغير بتغير الزمان والمكان ، كما كان يصور في بادىء الامر .

كذلك ليس المقصود به ذلك المثل الاعلى الذي يوجه المشرع فيه فيما يضع من قواعد ، مراعيا فيها حاجات المجتمع وظروفه المتغيرة ، اذ لكل مجتمع مثله الأعلى . أي ليس المقصود به ذلك القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة ، الذي تسنده العدالة في التطبيق .

انما المقصود باحالة المشرع الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، هو الزام القاضي في أن يجتهد برأيه في النزاع المطروح امامه ، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء [1] . أي أن الاحالة الى مبادىء

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية لمشروع التقنين المدني ، ج ١ ، ص ١٨٨ .

القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا تعني الاحالة الى قواعد قانونية بالمعنى الصحيح ، كما هو الشأن في الاحالة الى العرف ومبادىء الشريعة الاسلامية، وانما تعني مطالبة القاضي بالاجتهاد على ضوئها أي على ضوء مبـادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ويتعين على القاضي في اجتهاده هذا ان يراعي الاعتبارات الموضوعية العامة ، لا الاعتبارات الخاصة الصادرة عن معتقداته الشخصية .

الفصل الثاني

المصادر التفسيرية

٨٨ ـ المقصود بالتفسير :

متى وجدت القاعدة القانونية ، مستقاة من مصدر من المصادر الرسمية التي سبق الكلام فيها ، احتاجت في تطبيقها على فروض الواقع الى تفسيرها ، والتفسير يتناول ما يأتي :

أولا ـ تحديد معنى القاعدة القانونية اذا شابها الغموض ، أو وردت بها ألفاظ في حاجة الى بيان أو في حاجة الى ضبط المراد منها كلفظ الغش أو لفظ سوء النية ... الخ .

ثانيا ـ تكميل القاعدة القانونية اذا عابها الاقتضاب والايجاز .

ثالثا ـ رفع التناقض الموجود بين قاعدتين قانونيتين بالتوفيق بينهما ، أو بترجيح احداهما على الأخرى اذا لزم الأمر .

رابعا ـ المساهمة في تطبيق القواعد القانونية على الواقع المتغير بجزئياته وتفاصيله .

والمصادر التفسيرية في القوانين الحديثة ومنهـا القانـون المصري والقانون اللبناني هما الفقه والقضاء •

٨٩ ـ الفقـه (La Doctrine) :

يقصد بالفقه مجموعة الآراء التي تدين بها اغلبية الفقهاء أو الشراح• وقد مرت على الفقه حقبة من الزمن كان فيها مصدرا رسميا من مصـادر القانون كما يدلنا على ذلك تاريخ القانون الروماني والقانـون الفرنسي القديم ، وكذلك تاريخ الشريعة الاسلامية في تطورهـا حتى قفل بـاب الاجتهاد وظهور عصر المقلدين •

أما الآن فان عمل الفقه قاصر على تفسير القواعد القانونية وارشاد القاضي في تطبيقه للقانون وتوجيه المشرع الى ما قد يكون فيه من عيب أو قصور •

٩٠ ـ القضـاء (La Jurisprudence) :

القضاء هو مجموعة المبادىء العامة التي تستخلص من احكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها •

وقد قام القضاء بنفس الدور الذي اضطلع به الفقه قديما ، فكـان مصدرا رسميا للقانون في الشرائع القديمـة ، وتحول الآن الى مصـدر تفسيري له في معظم القوانين الحديثة ، وعلى الاخص القوانين اللاتينية والقوانين التي سارت على منهجها ، ومنها القانون المصري والقانـون اللبناني •

أما في القوانين الانجلو سكسونية فلا يزال القضاء يقوم بدوره كمصدر رسمي ، لأن من المبادىء المقررة في هذه القوانين ان احكام المحاكم العليا

تكون سوابق قضائية ملزمة للمحكمة التي أصدرتها وللمحاكم التي تليها في الدرجة •

٩١ ـ المقارنة بين عمل الفقه وعمل القضاء في تفسير القانون :

رأينا ان كلا من الفقه والقضاء يقوم بتفسير القانون ، الا أن الفقهاء ينحون عادة في تفسيرهم له منحا نظريا قائما على التعرف على نية المشرع وعلة التشريع ، دون التأثر كثيرا بحقائق الواقع ، وهو ما يخالفهم فيه القضاء ، اذ لواقع الامور ومتطلبات الحاجات العملية أثره فيما يعطون للنصوص من تفسير •

واذا كانت هذه النظرة المتباينة قد أدت في الماضي الى وجود اختلاف بين القانون كما يفهمه ويدرسه الفقهاء ، وبين القانون كما تطبقه المحاكم ، الا ان شقة هذا الخلاف قد تلاشت في الوقت الحاضر ، وتم التقارب والتعاون بين هذين المصدرين في سبيل نمو القانون وتطوره •

الباب الثالث

تطبيق القانون

٩٢ ــ تقسيــم :

اذا ما توفر للقاعدة القانونية مقوماتها ، من اي مصدر صدرت هذه القاعدة ، اصبح من الواجب تطبيقها ، والسلطة المختصة بتطبيق القواعد القانونية هي السلطة القضائية .

وتحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية يثير امورا ثلاثة تتمثل فيما يلــي :

الأول ــ تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بالنسبة الى المخاطبين بأحكامها ، وهل تسري في حق الجميع ولو جهل بها البعض ؟

الثاني ــ تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بالنظر الى المكــان أو بعبارة اخرى هل القاعدة القانونية اقليمية التطبيق أم شخصية التطبيق؟

الثالث ــ تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بالنظر الى الزمان ، وهو ما يثير مسألة تنازع القوانين في الزمان اذا ما الغي قانون واستبدل به قانون آخر .

الفصل الاول

نطاق القاعدة القانونية بالنظر الى المخاطبين بأحكامها

٩٢ ـ مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون :

اذا ما وجدت القاعدة القانونية مستمدة من مصدر من المصادر الرسمية التي ذكرناها وهي التشريع والدين والعرف ومبادىء الشريعة الاسلامية ، فانها تسري في حق جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامها ، ولو جهل بها البعض منهم ، وهذا هو مبدأ امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون (Nul n'est censé ignorer la loi) . أي أنه لا يجوز لأحد ان يدعي عدم العلم بالقانون ، أي يدعي الجهل به ، ليتخلص من تطبيق حكمه عليه .

وهذا المبدأ واجب الأخذ به بالنسبة لجميع أنواع القواعد القانونية، أي بالنسبة الى القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة أو المفسرة على حد سواء .

والعلة في تقرير هذا المبدأ هو كفالة النظام في المجتمع ، وضمان استقرار المعاملات ، وحماية الأمن المدني ، والا لامكن لكل من يريد التهرب من حكم من احكام القانون ان يدعي عدم العلم به .

وأساس هذا المبدأ هو اعتبارات العدالة التي تتطلب ، حماية للصالح

العام . ان ينطبق القانون على جميع الاشخاص بلا استثنــاء ، والا عمت الفوضى وتقوض سلطان القانون .

٩٤ ـ الاستثناء الذي يرد على المبدأ :

يرد على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » استثناء معين يرجع الى القوة القاهرة التي تحول دون وصول الجريدة الرسمية الى جزء من اجزاء الاقليم . كحالة الغرق أو الفيضان أو الزلزال أو الحرب ، التــي يستحيل معها وصول الجريدة الرسمية الى جزء الاقليم الذي تعرض لهذه الكارثة .

وواضح مما قلناه ان هذا الاستثناء انما ينصرف الــى القواعــد التشريعية ؛ لأنها وحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية ويفترض العلــم بهابهذا النشر .

غير انه بجانب هذا الاستثناء المسلم به في القانونين المصري واللبناني، يضيف هذا القانون الاخير حالات اخرى يجعل فيها المشرع اللبناني الغلط في القانون مانعا من العقاب ، وهو ما نصت عليه المــادة ٢٢٣ من قانــون العقوبات بقولها « لا يمكن أحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله اياها تأويلا مغلوطا فيه . غير انه يعد مانعا للعقاب :

١ ـ الجهل اوالغلط الواقع على شريعة مدنية او ادارية يتوقف عليها فرض العقوبة .

٢ ـ الجهل بشريعة جديدة اذا اقترف الجرم في خلال الايام الثلاثة التي تلت نشرها .

٣ ـ جهل الاجنبي الذي قدم لبنان منذ ثلاثة ايام على الاكثر بوجود

جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها شرائع بلاده او شرائع البلاد التي كان مقيما فيها » .

هذا ويلاحظ ان الاستثناء الاول الوارد في هذه المادة انما هو استثناء في الظاهر فقط ؛ لأن الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو ادارية يتوقف عليها فرض العقوبة ، لا يمنع من تطبيق حكم القاعدة المدنية او الادارية حتى على الجاهل بها . وعلى هذا يكون الاعفاء من العقوبة ليس أساسه الجهل بهذه القاعدة القانونية المدنية أو الادارية ، انما يكون أساسه انتفاء القصد الجنائي — وهو ركن من أركان الجريمة — ما دام الفاعل يجهل القاعدة المدنية أو الادارية التي لا يتحقق وجود القصد الجنائي الا بالعلم بها [1].

أما الاستثناء الثاني فهو نادر الوقوع ؛ لأن قوامه ان يتم اقتراف الجرم في خلال الايام الثلاثة التي تلي نشر الشريعة الجديدة ، في حين ان القاعدة في القانون اللبناني ألا يبدأ العمل بالنصوص التشريعية الا من اليوم الثامن الذي يلي نشرها في الجريدة الرسمية ما لم يكن هناك نص مخالف ، كالنص على نفاذ التشريع من يوم النشر .

أما الاستثناء الثالث والاخير وهو عذر الاجنبي الذي يرتكب — في خلال الايام الثلاثة من قدومه لبنان — فعلا لا يحرمه قانون دولته أو قانون الدولة التي كان مقيما فيها ، فهو الاستثناء العملي الوحيد .

---

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ١١٤ .

/

الفصل الثاني

نطاق القاعدة القانونية من حيث المكان

٩٥ ــ اقليمية القوانين وشخصية القوانين :

يثير تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان التساؤل فيما اذا كان قانون الدولة يطبق داخل اقليمها على كل المقيمين فيها من وطنيين وأجانب، أي يطبق على جميع الاشخاص الموجودين على أرضها بصرف النظر عن جنسيتهم ، وهو ما يعرف بمبدأ اقليمية القوانين (Principe de la territorialité des lois) أم أن قانون الدولة يقتصر تطبيقه على الوطنيين اينما وجدوا أي سواء كانوا داخل اقليم الدولة أم خارج حدود هذا الاقليم ، فيتبعهم أين ساروا ، وهو ما يعرف بمبدأ شخصية القوانين (Principe de la personnalité des lois) .

بسند مبدأ اقليمية القوانين فكرة سيادة الدولة على اقليمها فيخضع لحكم قوانينها الاجنبي خضوع الوطني له • ويسند مبدأ شخصية القوانين فكرة سيادة الدولة على رعاياها فينصرف اليهم ــ دون الاجانب ــ حكم قوانينها أينما وجدوا ، ولو أقاموا خارج وطنهم •

والأصل في مصر ولبنان هو الأخذ بمبدأ اقليمية القوانين ، وهو المبدأ الغالب في الوقت الحاضر ، غير ان هذا المبدأ لا يؤخذ به على اطلاقه بل ترد عليه عدة استثناءات •

٩٦ ـ الاستثناءات من مبدا اقليمية القوانين :

يرد على مبدأ اقليمية القوانين استثناءات عـدة يمكن اجمالها فيمـا يأتي :

الاستثناء الاول ـ ويتعلق بالحقوق والواجبات العامة التي يقررها الدستور للوطنيين دون الاجانب كحق الانتخاب ، وحق الترشيح للهيئات العامة ، وحق تولي الوظائف العامة (وقـد يتولاهـا الاجنبـي بشروط معينة) ، وبعض الواجبات العامة كواجب اداء الخدمة العسكرية .

الاستثناء الثاني ـ ويتعلق بتطبيق قانون العقوبات ، ذلك انه اذا كان الاصل هو اقليمية هذا القانون (المادة الاولى من قانون العقوبات المصري والمادة ١٥/١ من قانون العقوبات اللبناني) ، الا ان الصالح العام للدولة قد يقتضي الخروج على هذا الأصل واعطاء الدولة حق العقـاب على كل من يرتكب في الخارج جريمة تخل بأمنها أيا كانت جنسيته ، أي سواء كانمن الوطنيين ام من الاجانب [١] .

الاستثناء الثالث ـ ويتصل بالحصانة القضائية التي يقررها القانون الدولي العام لبعض الاجانب كرؤساء الدول الاجنبيةوالممثلينالدبلوماسيين، وفي حدود هذه الحصانة لا يخضعون لولاية القضاء الوطني ؛ ولا يطبق عليهم بالتالي قانون الدولة .

الاستثناء الرابع ـ ومرده الاخذ بقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص ، اذ قد يؤدي اعمال هذه القواعد الى تطبيق قانون اجنبي داخل الدولة ، وفي هذا خروج على مبدأ اقليمية قانونها ، او يؤدي الى تطبيق

---

(١) راجع في هذا الشأن المواد ٢ ، ٣ ، ٤ من قانون العقوبات المصري، والمواد ١٨ وما بعدها من قانون العقوبات اللبناني .

قانونها خارج حدودها ، وهو ما يضفي على قانونها صفة شخصية التطبيق في هذه الحالة .

فمثلا فيما يتعلق بمسائل الاحوال الشخصية – وهي اكثر المسائل اتصالا بالشخص – تقضي قواعد الاسناد في كل من القانونين المصري واللبناني بتركها لقانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته . فاذا ثار نزاع في مصر بين زوجين اجنبيين بالنسبة الى الشروط الموضوعية لصحة زواجهما ، طبق على هذا النزاع قانون جنسيتهما . واذا تم الزواج بين مصريين في الخارج ، خضعت الشروط الموضوعية لصحة هذا الزواج للقانون المصري .

الفصل الثالث

نطاق القاعدة القانونية من حيث الزمان

٩٧ ـ تمهيـد :

تظل القاعدة القانونية ، أيا كان مصدرها ، سارية المفعول أي نافذة ، حتى ينقضي العمل بها عن طريق الالغاء . والغاء القاعـدة القانونية قـد يكون باحلال قاعدة قانونية جديدة محلها ، وقد يكون بمجرد الاستغنـاء عنها بعد استنفاد الغرض منها .

واحلال قاعدة قانونية جديدة محل قاعدة قانونية قديمة يثير مسألة تنازع القوانين في الزمان ، وهو ما سنتناوله بالبحث بعـد الكلام عن الغاء القاعدة القانونية .

الفـرع الاول

الغـاء القاعـدة القانونيـة

٩٨ ـ المقصـود بالالغـاء :

يقصد بالغاء القاعدة القانونية انهاء العمل بها وذلك بتجريدها من قوتها الملزمة . والالغاء قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، ويجب في

الحالتين أن يصدر من السلطة التي أنشأت القاعدة القانونية ، وعلى ذلك سنتكلم اولا في انواع الالغاء ثم ثانيا في السلطة التي تملك الالغاء .

المبحث الاول

انواع الالغاء

٩٩ ـ الالغاء الصريح والالغاء الضمني :

تنص المادة الثانية من التقنين المدني المصري على انه « لا يجوز الغاء نص تشريعي الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، او ينظم من جديد الموضوع الذي سبق ان قرر قواعده ذلك التشريع » .

وظاهر من هذا النص ان الالغاء قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، وهو ما سنتناوله فيما يلي :

١٠٠ ـ الالغاء الصريح (L'abrogation expresse) :

يكون الالغاء صريحا اذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تنص صراحة على نسخ القاعدة القانونية القديمة ، ومن الامثلة على ذلك ما نصت عليه المادة الاولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والخاص باصدار التقنين المدني المصري ، اذ جاء فيها « يلغى القانون المدني المعمول به امام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ اكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقانون المدني المعمول به امام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونيه سنة ١٨٧٥ ، ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون » .

هذه صورة من صور الالغاء الصريح ، وهناك صورة اخرى تتمثل في حالة ما اذا كان سريان القاعدة القانونية موقوتا بمدة معينة ، بحيث

تعتبر القاعدة ملغية بانقضاء هذه المدة • ومن الامثلة على ذلك القوانين التي يصدرها المشرع أثناء الحرب لمواجهة ظروفها ، وينص فيها على العمل بها اثناء مدة الحرب فقط ، فاذا انتهت الحرب انتهى العمل بهذه القوانين •

١٠١ ــ الالغاء الضمني (L'abrogation tacite) :

يتحقق الالغاء الضمني اذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة ، او اذا صدر تشريع جديد ينظم موضوعا سبق ان نظمه تشريع سابق • وسنتناول بالبحث هاتين الصورتين من صور الالغاء الضمني •

١٠٢ ــ التعارض بين قاعدة جديدة واخرى قديمة :

اذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة واستحال بذلك الجمع بينهما ، اعتبرت القاعدة القديمة منسوخة وملغاة بالقاعدة الجديدة •

والنسخ أو الالغاء يكون في حدود التعارض ؛ بمعنى انه اذا كان التعارض كليا اعتبر القانون القديم منسوخا بأكمله نسخا ضمنيا ، اما اذا كان التعارض جزئيا فلا ينسخ القانون القديم الا في حدود الاحكام التي وقع بينها التعارض •

ويقع التعارض الجزئي اذا اختلفت صفة القاعدتين بأن كانت احدهما عامة والاخرى خاصة •

فقد يقع ان تضع القاعدة القانونية القديمة حكما عاما ، ثم تأتي قاعدة قانونية جديدة بحكم خاص ، وفي هذه الحالة لا تلغى القاعدة القانونية القديمة بأكملها ، وانما ينسخ منها ما خصصته القاعدة القانونية الجديدة فقط •

ومن الامثلة على ذلك في القانون اللبناني ، ان قانون المرابحة العثماني الصادر في ٩ رجب سنة ١٣٠٩ هجرية عين الحد الاقصي للفائدة بـ ٩ ٪ لكل الديون المدنية والتجارية (م ٣) ، ثم صدر قانون الرهونات العقارية بالقرار رقم ١٣٢٩ في ٢٠ آذار سنة ١٩٢٢ مجيزا رفع الحد الاقصى للفائدة الى ١٢ ٪ في شأن الديون المضمونة بتأمينات اي برهون عقارية (م ١٠١) . ولما كان قانون المرابحة العثماني قانونا عاما ، وقانون الرهونات العقارية قانونا خاصا أي قاصرا على حالة الرهون العقارية ، فانه لا يلغي الحكم العام في شأن الحد الاقصى الفائدة الا في خصوص الرهونات العقارية فقط . فيظل الحد الاقصي للفائدة ٩ ٪ الا بالنسبة للديون المضمونة برهون عقارية فيجوز ان يصل الى ١٢ ٪ .

وقد يقع ان تضع القاعدة القانونية القديمة حكما خاصا ، ثم تأتي قاعدة قانونية جديدة بحكم عام ، وفي هذه الحالة لا يلغى الحكم الخاص القديم بل يظل قائما كاستثناء من الحكم العام الجديد .

ومن الامثلة على ذلك ان قانون الرهونات العقارية السالف الذكر والصادر سنة ١٩٢٢ جعل الحد الاقصى للفائدة ١٢ ٪ بالنسبة للديون المضمونة برهون عقارية . ثم صدر بعد ذلك قانون ٢٤ حزيران سنة ١٩٣٩ الخاص بجريمة المراباة ، والذي اعتبر دين مراباة كل قرض مالي عقد لغايات غير تجارية بفائدة تزيد على ٩ ٪ . فهذا القانون الاخير وهو الأحدث قد أتى بحكم عام في شأن القروض غير التجارية ، ولذا لا يلغي حكم قانون الرهونات العقارية لأن حكمه حكم خاص قاصر على القروض المضمونة برهون عقارية [1] .

---

(١) تزيد المشرع اللبناني فأشار الى ذلك صراحة في المادة الاولى من قانون سنة ١٩٣٩ بقوله : « مع مراعاة الاحكام القانونية التي تحدد معدل الفائدة في الرهونات العقارية » . راجع حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٢١ ، ص ٢٣٩ .

وخلاصة القول انه لكي يقع الالغاء الضمني الكلي يجب انتكون القاعدتان من نوع واحد ، بان تكون كلتاهما عامة أو كلتاهما خاصة ، اما اذا اختلفتا صفة بأن كانت احدهما عامة والاخرى خاصة فان الالغاء الضمني يكون جزئيا .

١٠٣ ـ تنظيم نفس الموضوع من جديد :

اذا صدر تشريع جديد ينظم موضوعا سبق ان نظمه تشريع قديم ، فان هذا التشريع الاخير يلغى ضمنيا الغاء كليا ، أي حتى فيما لم تتعارض فيه نصوصه مع التشريع الجديد ، والعلة في ذلك ان اعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته الى العدول عن التشريع القديم بأكمله .

المبحث الثاني

السلطة التي تملك الالغاء

١٠٤ ـ يملك الالغاء من يملك الانشاء :

الأصل ان السلطة التي تملك الغاء القاعدة القانونية انما هي السلطة التي تملك انشاءها ، أو سلطة أعلى منها ، لأن المبدأ أن من يملك الاكثر يملك الأقل .

فالقاعدة التشريعية تلغيها قاعدة تشريعية مثلها او قاعدة تشريعية أعلى منها . فالتشريع الاساسي يلغى بتشريع اساسي مثله ، والتشريع العادي يلغى بتشريع عادي أو أساسي ، والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي أو عادي أو أساسي .

١٠٥ ـ الأثر المترتب على تدرج مصادر القانون :

يترتب على تدرج مصادر القانون ان التشريع وهو اعلاها مرتبة يستطيع ان يلغي أية قاعدة نابعة من مصدر آخر •

فالقاعدة التشريعية تستطيع الغاء قاعدة عرفية أو قاعدة دينية ، دون أن يمس هذا الالغاء بالصفة الدينية للقاعدة ، وانما يرفع عنها فقط قوتها الملزمة كقاعدة من قواعد القانون الوضعي •

والقاعدة العرفية تلغيها قاعدة عرفية مثلها ، أي أنه اذا تكون عرف جديد مخالف للعرف القديم فانه يترتب على ذلك الغاء هذا العرف القديم •

وتترتب على تدرج مصادر القانون ، أنه في نطاق المعاملات المالية ، يستطيع العرف في مصر انيلغي قاعدة مستمدة من مبادىء الشريعة الاسلامية ، باعتبارها احدى قواعد القانون الوضعي •

ويترتب على تدرج مصادر القانون ، أنه في نطاق المعاملات المالية ، التشريع ، لا يستطيع الغاء قاعدة تشريعية لأن الادنى لا يستطيع نسخ الأعلى • وعلى هذا النحو لا يترتب على اهمال تطبيق قاعدة تشريعية لمدة طويلة اعتبارها ملغية عن طريق عدم الاعمال (dèsuétude) لأن عدم اعمال قاعدة تشريعية لمدة طويلة ما هو الا عرف سلبي ، والعرف لايستطيع الغاء التشريع •

الفرع الثاني
تنازع القوانين في الزمان

١٠٦ ـ وجه المشكلة :

اذا تم الغاء قاعدة قانونية واحلال أخريى مكانها، فطبيعي انالقاعدة

الجديدة تسري اعتبارا من تاريخ نفاذها على الوقائع والتصرفات التي تحدث من هذا التاريخ ، وهذا ما يعبر عنه بالأثر المباشر للقانون (effet immediat) ؛ وطبيعي كذلك ان هذه القاعدة الجديدة لا تسري على الوقائع والتصرفات التي تمت قبل نفاذها ، بل تظل هذه الوقائع والتصرفات محكومة بالقاعدة القديمة ، وهذا ما يعرف بمبدأ عدم رجعية القوانين.

والأمر يبدو سهلا ميسورا اذا تعلق التطبيق بوقائع او تصرفات تمت وترتبت آثارها في ظل القاعدة القانونية القديمة ، اذ لا مجال للشك في سريان هذه القاعدة ، كعقد بات رتب كافة آثاره قبل نفاذ القاعدة الجديدة ، اذ لا شبهة في سريان القاعدة القديمة عليه .

ولكن الأمر لا يسير دائما على هذا النحو اذ ان من الوقائع او الاعمال القانونية ما يتطلب وقتا طويلا لتكوينه اولترتيب آثاره ، فينشأ التنازع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة على حكم هذه الوقائع أو هذه الاعمال .

فلو فرض ان عقد قرض قد عقد في ظل قانون قديم يبيح اشتراط فائدة قدرها ٩ ٪ ، ثم صدر قانون جديد يخفض الحد الاقصى لسعر الفائدة الاتفاقية الى ٧ ٪ فأي القانونين يطبق بالنسبة للفوائد التي تستحق بعد نفاذ القانون الجديد ؟

كذلك لو كان سن الرشد وفق القانون القديم هو ١٨ سنة ، ثم صدر قانون جديد يرفع سن الرشد الى ٢١ سنة ، فما حكم تصرفات الشخص الذي يتجاوز عمره ١٨ سنة ولم يبلغ بعد ٢١ سنة ، هل يظل راشدا بالنسبة لها أم يعتبر قاصرا ؟

يكمن حل هذه المشكلة في الاخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين •

١٠٧ ـ الاعتبارات التي يقوم عليها مبدأ عدم رجعية القوانين :

يقوم مبدأ عدم رجعية القوانين على أعتبارات مختلفة يمكن اجمالها فيما يلي :

أولا ـ العدالة : فليس من العدل في شيء مفاجأة الناس بقانون جديد يعاقب على اعمال أباحها القانون القديم ، ومحاسبتهم على ما أتوا من هذه الاعمال في ظل القانون القديم •

ثانيا ـ استقرار المعاملات : اذ تقضي المصلحة العامة بألا يسري القانون الجديد على علاقات قانونية نشأت ورتبت كافة آثارها في كنف القانون الجديد ، لأننا لو أبحنا للقانون الجديد ان يمس هذه العلاقات وان يعدل في آثارها لاضطربت المعاملات ولاهتزت الثقة بالقانون •

ثالثا ـ المنطق والذوق السليم : بما ان المبادىء المسلم بها وجوب نشر القانون في الجريدة الرسمية حتى يعلم به ا لناس ، فالمنطق يتطلب الا يكون له أثر على ما سبق نشره ونفاذه من علاقات قانونية تم ترتيبها وفق احكام القانون القديم •

ونظرا لأهمية هذه الاعتبارات التي بني عليها مبدأ عدم رجعية القوانين حرصت التشريعات الحديثة على النص عليه ، بل ان من الدول ما يضمن الدستور هذا المبدأ ، وهو ما فعله الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٧١ ، اذ نص في المادة ١٨٧ منه على انه « لا تسري احكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها اثر فيما وقع قبلها • ومع ذلك يجوز ، في غير المواد الجنائية ، النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة اغلبية اعضاء مجلس الشعب » •

١٠٨ ــ الاستثناءات من مبدا عدم رجعية القوانين :

يرد على مبدأ عدم رجعية القوانين عدة استثناءات يمكن اجمالهـا فيما يأتي :

الاستثناء الاول ــ النص الصريح : مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي لا المشرع ، فللمشرع دائما ــ اذا دعت المصلحة العامة ــ انينص في القانون الجديد على انسحاب أثره على الماضي . ويجب انيكونالنص على اسناد أثر القانون الجديد الى الماضي صريحا .

وبديهي ان على المشرع ألا يسيء استعمال هذا الحق ، وألا يلجأ اليه الا اذا دعت الضرورة والمصلحة العامة الى ذلك .

الاستثناء الثاني ــ القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : الأصل ان القوانين الجنائية لا تنسحب الىالماضي ، وقد عنىالدستور المصري ــ كما رأينا ــ بالتنويه بذلك ، لما في هذا من ضمان للحرية الشخصية ، كما قرر ايضا انه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ، ولا عقاب الا علــى الافعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها » .

الا انه استثناء من هذا الأصل تنسحب القوانين الجنائية على الماضي اذا كانت أصلح للمتهم بأن كانت تخفف من العقوبة أو تبيح الفعل ، لأنه ليس في ذلك مساس بالحرية الشخصية بل العكس .

واستفادة المتهم من القانون الجديد المخفف للعقوبة مشروط بالا يكون هذا القانون قد صدر بعد صدور حكم نهائي على المتهم ، أي حكم قد استنفد طرق الطعن فيه أو بعبارة اخرى ان المتهم يستفيد من كــل قانون جديد مخفف للعقوبة لو صدر هذا القانون بعد الحكــم عليه ،

بشرط ألا يكون هذا الحكم قد أصبح نهائيا ، لأن التخفيف بعد صدور حكم نهائي يتطلب صدور حكم جديد يقرر هذا التخفيف وهو أمر يتعارض مع حجية الامر المقضي .

اما اذا كان القانون الجديد يبيح الفعل ، فان المتهم يستفيد منه سواء صدر هذا القانون قبل ان يصبح الحكم على المتهم نهائيا أو بعد أن أصبح كذلك ، لأنه اذا صدر قبل الحكم النهائي قضت المحكمة بالبراءة ، واذا صدر بعد الحكم النهائي فيكفي وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها .

الاستثناء الثالث ـ القوانين المفسرة لأن الغرض من هذه القوانين هو تحديد معنى نصوص تشريعية قائمة ، وازالة ما فيها من غموض أو لبس ، ولذا فان القانون المفسر يعتبر جزءا من القانون السابق الذي صدر لتفسيره ، وعلى هذا النحو فان أثره ينسحب الى الماضي ، ويتعين على المحاكم تطبيقه على القضايا التي لم تفصل فيها بعد بحكم نهائي .

الاستثناء الرابع ـ القوانين المتعلقة بالنظام العام او الآداب كالقوانين المتعلقة بالاهلية ، فمثلا اذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد من١٨ الى ٢١ سنة ، فانه يسري على الاشخاص الذين بلغوا ١٨ سنة في ظل القانون القديم ولم يبلغوا بعد ٢١ سنة وقت نفاذ القانون الجديد ، فيعتبرون قصرا بعد نفاذ هذا القانون .

القسم الثاني

الحق

مقدمة

١٠٩ ـ التعريف بالحق :

الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قبل آخر يحميها القانون . كحق الملكية على عقار أو منقول ، وحق الدائن قبل مدينه .

والحق لا يوجد الا لشخص ، سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا ، وهو يوجد قبل شخص آخر ، لأن كل حق يقابله التزام ، فحق الملكية يستتبع التزام الكافة بعدم التعرض للمالك في ملكه ، وحق الدائنية يستتبع التزام المدين بالوفاء بالدين .

ولكل حق محل ، ومحل الحق قد يكون عملا كما في الحق الشخصي أي حق الدائنية ، وقد يكون شيئا كما في الحق العيني كحق الملكية .

وكل حق يحميه القانون عن طريق الدعوى ، ولذا يقال أن الدعوى هي الحق نشط ليدرأ عن نفسه الاعتداء أمام القضاء .

١١٠ ـ خطة البحث :

سنتناول في دراستنا لنظرية الحق ، كما ألمحنا اليها في التعريف السابق الذكر ، البحث في الموضوعات الآتية

أولا ـ أنواع الحق .

ثانيا ـ أركان الحق .

ثالثا ـ مصادر الحق ونلحق بها اثباته .

الباب الأول

انواع الحق

١١١ ـ تقسيم :

تنقسم الحقوق بوجه عام الى حقوق سياسية وحقوق مدنية . وتنقسم الحقوق المدنية الى حقوق عامة وحقوق خاصة . وتنقسم الحقوق الخاصة الى حقوق أسرة وحقوق مالية ، وتنقسم الحقوق المالية الى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية ، وسنعنى بدراسة هذا التقسيم الأخير .

١١٢ ـ الحقوق السياسية :

الحقوق السياسية (droits politiques) هي التي تخول الشخص حق المساهمة في ادارة شؤون الحكم في بلده ، ولذا كانت بحسب الأصل قاصرة على الوطنيين دون الأجانب ، ومثلها حق الانتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية وحق تولي الوظائف العامة ، ولو أنه بالنسبة الى هذا الحق الأخير قد تدعو الحاجة الى الاستعانة بخبرة الأجانب في بعض الحالات .

واذا كان الأصل أن الحقوق السياسية تثبت للوطنيين دون الأجانب، الا أنها مع ذلك لا تثبت لجميع الوطنيين ، بل لمن تتوافر شروط معينة

فيهم : كشرط السن لمباشرة حق الانتخاب أو حق الترشيح للمجالس النيابية •

١١٣ ـ الحقوق المدنية :

الحقوق المدنية (droits civils) هي الحقوق اللازمة للشخص باعتباره عضوا في المجتمع الانساني كالحق في الحياة وفي حرية العقيدة ، ولذا فهي تثبت لجميع الأشخاص سواء كانوا من الوطنيين أم من الأجانب•

والحقوق المدنية تنقسم الى حقوق عامة وحقوق خاصة •

١١٤ ـ الحقوق العامة :

الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية (droits de la personnalité هي الحقوق المستمدة من طبيعة الشخص كانسان ، ولذا تسمى بالحقوق الطبيعية أو حقوق الانسان •

والحقوق العامة على أنواع ثلاثة ، يتصل كل نوع منها بجانب من جوانب شخصية الانسان •

فأما النوع الأول فيقصد به توفير الحماية اللازمة للانسان في جسمه وفي أعضائه ، كحقه في الحياة وفي عدم الاعتداء عليه ، وقد تكفل قانون العقوبات بضمان هذا النوع من الحقوق عن طريق عقاب من يعتدي على آخر بالقتل أو الجرح أو الضرب ••• الخ •

وأما النوع الثاني فيرمي الى حماية الانسان في كيانه المعنوي أو الأدبي كحقه في المحافظة على سمعته أو شرفه ، وفي تعويضه عما يصيبه من ضرر اذا وقع اعتداء يمس هذه الناحية من نواحي شخصيته •

وأما النوع الثالث فيهدف الى تمكين الشخص من مزاولة نشاطه ، وهذه هي الحريات الشخصية : كحرية الانتقال ، وحرية الاقامة ، وحرية العمل ، وحرية التملك ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج ، وحرمة المسكن.

هذا ويلاحظ أن ما يميز الحقوق العامة باعتبارها حقوقا لصيقة بالشخصية أنها حقوق غير مالية أي لا تقوم بالنقود ، غير أن هذه الصفة لا تمنع من أن لكل من أصابه ضرر من جراء الاعتداء على حق منها أن يطالب بتعويض هذا الضرر ، والى هذا أشارت المادة ٥٠ من التقنين المدني المصري بقولها « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

١١٥ ـ الحقوق الخاصة :

الحقوق الخاصة هي الحقوق التي تكفل للشخص مزاولة نشاطه سواء في نطاق الأسرة أم في نطاق المعاملات المالية ، ولذا فهي تنقسم الى حقوق أسرة وحقوق مالية .

١١٦ ـ حقوق الأسرة :

حقوق الأسرة (droits de famille) هي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضوا في أسرة معينة ، سواء كان ذلك بسبب الزواج أم النسب. وهذه الحقوق تقترن بتكاليف معينة ، كقوامة الزوج على الزوجة ، وكحق الزوجة في النفقة ، وكولاية الأب على أبنائه الصغار ، وكحق الأبناء في الانفاق عليهم ، وكالحق في الارث ... الخ .

وحقوق الأسرة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ، وقد رأينا أنها تخضع في مصر ولبنان لأحكام الدين وما صدر في شأنها من قوانين خاصة .

١١٧ ـ الحقوق المالية :

الحقوق المالية (droits pécuniaires)هي الحقوق التي يقوم محلها بالنقود ، وهي قوام المعاملات المالية . وتنقسم هذه الحقوق الى أنواع ثلاثة هي : الحق العيني ومحله شيء مادي كحق الملكية ، والحق الشخصي ومحله عمل كدين القرض ، والحق المعنوي ومحله شيء غير مادي أي شيء معنوي كحق المؤلف . وهذه هي الحقوق التي سنعنى ببحثها .

الفصل الاول

الحق العيني

١١٨ ـ التعريف بالحق العيني :

الحق العيني (droit réel) هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين ، كحق الملكية مثلا •

والحق العيني ككل الحقوق يقابله واجب ، ويتمثل هذا الواجب في التزام كافة الناس باحترام هذا الحق وعدم التعرض لصاحبه ، ولذا فان هذا الواجب يعتبر واجبا عاما أي يلتزم به الجميع ، كما يعتبر واجبا سلبيا لأن مؤداه الامتناع عن الاعتداء على هذا الحق •

والحقوق العينية تنقسم الى قسمين : حقوق عينية أصلية ، وحقوق عينية تبعية •

الفـرع الأول

الحقوق العينية الأصلية

١١٩ ـ التعريف بالحق العيني الأصلي :

الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته ، أي لا يستند في وجوده الى حق آخر ، كحق الملكية •

والحق العيني الأصلي اما أن يرد على مال الشخص نفسه كالملكية ؛ واما ان يرد على مال الغير كحق الانتفاع وحق الحكر وحق الارتفاق . وسنتكلم أولا في حق الملكية . ثم في الحقوق المتفرعة عنها .

١٢٠ ـ حق الملكية :

يعتبر حق الملكية(**droit de propriété**) أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا . نظرا لما يخوله لصاحبه من سلطات ؛ وهو ما يستفاد من نص المادة ٨٠٢ من التقنين المدني المصري التي تقضي بأنه « لمالك الشيء وحده ؛ في حدود القانون ؛ حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » [١]. وهذه هي السلطات الثلاث التي يخولها حق الملكية لصاحبه .

فأما استعمال الشيء فيقصد به استخدام الشيء فيما أعد له . فاستعمال الدار يكون بسكناها ؛ واستعمال الأرض يكون بزراعتها .

أما استغلال الشيء فالمراد به الحصول بطريق غير مباشر على الثمار التي يكون قابلا لانتاجها ؛ كتأجير الأرض أو الدار والحصول على أجرتها .

والثمار هي كل ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية منتظمة دون انتقاص من أصله . والثمار اما أن تكون طبيعية كالكلأ ونتاج المواشي ، واما أن تكون صناعية كالمزروعات ، واما أن تكون مدنية كأجرة المباني والأراضي الزراعية .

أما التصرف في الشيء فقد يكون تصرفا ماديا وقد يكون تصرفا قانونيا ؛ ماديا بتغيير شكله أو اتلافه أو استهلاكه كهدم منزل مثلا ، قانونيا ببيعه أو هبته أو تقرير حق عيني آخر عليه كحق الارتفاق .

---

(١) راجع المادة ١١ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

والسلطات الثلاثة أو العناصر الثلاثة السابقة الذكر ، والتي يتكون منها حق الملكية ، قد تكون مجتمعة في يد شخص واحد ، فيقال ان له حق ملكية تامة على الشيء ، وقد تكون موزعة بين عدة أشخاص ، فيكون لشخص حق استعمال الشيء فقط ويسمى الحق السكني اذا كان خاصا بدار ، وقد يكون له حق الاستغلال فقط ، وقد يكون له الحقان معا أي الاستعمال والاستغلال ، فيقال أن له حق الانتفاع . واذا اقتصر حق الشخص على التصرف دون الانتفاع يقال أن له ملكية الرقبة .

١٢١ ـ الحقوق المتفرعة عن الملكية :

يقصد بالحقوق المتفرعة عن الملكية الحقوق العينية التي تقتطع بعض عناصرها لمصلحة شخص آخر غير المالك .

والحقوق المتفرعة عن الملكية في القانون المصري هي : حق الانتفاع ، وحق الاستعمال وحق السكنى ، وحق الحكر ، وحق الارتفاق [1] .

---

(١) أشارت المادة العاشرة من قانون الملكية العقارية اللبناني الى الحقوق المتفرعة عن الملكية . فذكرت التصرف ، والسطحية ، والانتفاع ، وحق الافضلية على الأراضي الخالية المباحة ، والارتفاقات العقارية ، والوقف ، والاجارتين ، والاجارة الطويلة ، والخيار الناتج عن الوعد بالبيع .

وقد أضاف المشرع اللبناني الى هذه الحقوق « حق المساقاة » (ويقصد حق الاجارة العينية) بالقرار رقم ١٢ الصادر في ١٦ كانون الثاني سنة ١٩٣٤ .

وقد الغى المشرع اللبناني حق الاجارتين بمقتضى قانون تنظيم الوقف الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧ ، كما الغى بهذا القانون كذلك حق الاجارة الطويلة . كذلك الغى المشرع اللبناني حق السطحية بالنسبة بالمستقبل بمقتضى المادة ٣١ من نفس قانون الملكية العقارية . أخيرا نستبعد الوقف لان العين الموقوفة تعتبر مملوكة للوقف باعتباره شخصا معنويا .

١٢٢ ـ حق الانتفاع :

حق الانتفاع (Le droit d'usufruit) هو الحق الذي يخول الشخص استعمال واستغلال ملك غيره • أما التصرف فيبقى للمالك الذي يطلق عليه في هذه الحالة اسم مالك الرقبة •

وحق الانتفاع ينقضي بانقضاء الأجل المعين له ، فان لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين (م ٩٩٣ مدني) •

١٢٣ ـ حق الاستعمال وحق السكنى :

حق الاستعمال (Le droit d'usage) هو حق عيني يخول صاحبه استعمال الشيء بمقدار ما يحتاج اليه هو وأسرته الخاصه فقط • فاذا ورد هذا الحق على حديقة فليس لصاحبه من ثمارها الا مقدار ما يحتاجه هو وأسرته فحسب ، أما ما زاد عن حاجته وحاجة أسرته فليس له التصرف فيه (م ٩٩٦ مدني) •

أما حق السكنى (Le droit d'habitation) وهو خاص بالدور ، فيخول صاحبه حق سكنى الدار فقط ، أي ليس له الانتفاع بها بغير السكن كاستخدامها كمكتب أو متجر مثلا ، ولذا فهو يعتبر أضيق نطاقا من حق الاستعمال •

وتسري على حق الاستعمال وحق السكنى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع فيما لا يتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٨ مدني) •

١٢٤ ـ حق الحكر :

حق الحكر حق عيني يخول للمحتكر الانتفاع بأرض للغير عن طريق البناء أو الغراس في مقابل دفع أجرة الحكر وهي أجرة المثل •

ولا يجوز ترتيب حكر الآن في القانون المصري الا علىأرض موقوفة (م ١٠١٢/١ مدني) . ويملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢) ، وينتقل هذا الحق بوفاة المحتكر الى ورثته (م ١٠٠١ مدني) . هذا وقد أخذ المشرع نظام الحكر عن الشريعة الاسلامية .

١٢٥ حق الارتفاق :

حق الارتفاق (Le droit de servitude) هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر يملكه شخص آخر . ويسمى العقار المقرر عليه هذا التكليف بالعقار الخادم أو العقار المرتفق به (Le fonds servant) ويسمى العقار المقرر لمنفعته هذا التكليف بالعقار المخدوم أو العقار المرتفق (Le fonds dominant) ومن الأمثلة على ذلك حق الارتفاق بالمرور الذي يوجد طريقا على العقار الخادم لصالح العقار المخدوم ، وحق الارتفاق بالمطل الذي يبيح فتح مطلات في غير المسافات القانونية على العقار الخادم لمنفعة العقار المخدوم .

وحق الارتفاق يتعلق بالعقار المقرر لمنفعته وليس بمالكه ، ولذا فهو لا ينقضي بانتقال ملكية العقار من شخص الى آخر .

الفرع الثاني

الحقوق العينية التبعية

١٢٦ ــ الغرض من تقرير هذه الحقوق :

يقضي القانون بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ، وهذا ما يعرف بالضمان العام للدائنين (gage commun) ومن مقتضى هذا

الضمان أن لكل دائن أن ينفذ بحقه على أي مال من الأموال التي تكون مملوكة لمدينه وقت التنفيذ ، سواء كان هذا المال من المنقولات أم من العقارات .

غير أن هذا الضمان العام لا يوفر للدائنين الحماية الكافية ، لأنه لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله ، وبذا يستطيع أن يبعدها عن متناول يد الدائنين الذين سيقتصر حقهم على التنفيذ على الأموال الموجودة في ذمته وقت التنفيذ ، وقد لا تكفي للوفاء بجميع الديون ، ولأنه من ناحية أخرى يخضع الدائنين لقاعدة قسمة الغرماء ، وبذا لا يستوفي الدائن كل دينه .

ولتلافي خطر اعسار أو افلاس المدين من ناحية ، واستبعاد قاعدة قسمة الغرماء من ناحية أخرى ، يسعى الدائن للحصول على تأمين خاص . وهذا التأمين الخاص قد يكون تأمينا شخصيا كالكفالة أو تأمينا عينيا كالرهن الرسمي . والتأمينات العينية هي التي نسميها بالحقوق العينية التبعية .

وقد سميت عينية لأنها تخول الدائن سلطة مباشرة على مال معين من أموال المدين ، وسميت تبعية لأنها لا تقوم مستقلة بنفسها ، انما تقوم مستندة أو تابعة لحق شخصي لضمان الوفاء به .

والحقوق العينية التبعية في القانون المصري هي الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي ، وحق الاختصاص ؛ وحق الامتياز [1] .

---

(١) الحقوق العينية التبعية في القانون اللبناني هي الرهن ، والبيع بالوفاء ، والتأمين ، والامتياز ، وقد ذكرتها المادة ١٠ من قانون الملكية العقارية اللبناني . يضاف اليها التأمين الجبري ، وقد نصت عليه المادة ٤٥٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية .

١٢٧ ــ الرهــن الرسمــي :

الرهن الرسمي (Le droit d'hypothèque)« عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار من أي يد يكون » (م ١٠٣٠ مدني) •

أي أن الرهن الرسمي ، وان كان لا يحرم المدين من حيازة المــال المرهون وادارته والتصرف فيه ، الا أنه يخول الدائن أن يتتبع العقــار المرهون في أي يد انتقل اليها كما لوتصرف فيه المدين بالبيع ، وهــذا ما يعرف بحق التتبع ، كما يخول الدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن بيع العقار المرهون عند التنفيذ عليه ، بالتقدم على الدائنين العاديــين والدائنين الذين يلونه في المرتبة ، وهذا ما يعرف بحق الأفضلية •

١٢٨ ــ الرهــن الحيــازي :

الرهن الحيازي (Le droit de gage)« عقد يلتزم بــه شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبي يعينــه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون » (م١٠٩٦ مدني) •

واذا كان الرهن الحيازي يتفق مع الرهن الرسمي في أنه يخول الدائن المرتهن حق التتبع وحق الأفضلية ، الا أنه يفترق عنه في أمرين هما : أولا ــ أن الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول ، بعكس الرهن الرسمي فهو لا يرد الا على العقار • ثانيا ــ أن الرهن الحيازي يتطلب انتقال حيــازة

الشيء المرهون من المدين الى الدائن أو الى شخص آخر يتفقان عليه ، في حين أنه في الرهن الرسمي تبقى حيازة العقار المرهون للمدين •

١٢٩ ـ حق الاختصاص :

حق الاختصاص (Le droit d'affectation) هو حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار مملوك للمدين بموجب أمر يصدر من القاضي بناء على حكم بالدين واجب التنفيذ • وحق الاختصاص يقترب من الرهن الرسمي فيما يرتبه من حقوق للدائن ، كما أنه يشتبه به في أنه لا يرد الا على العقار ، وأنه لا يحرم المدين من حيازة هذا العقار •

١٣٠ ـ حقوق الامتياز :

حق الامتياز[1] (Le droit de privilège) حق عيني تبعي يتقرر لبعض الديون بمقتضى نص في القانون بسبب طبيعتها ، والى هذا أشارت المادة ١١٣٠ من التقنين المدني المصري بقولها « ١ ـ الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته • ٢ ـ ولا يكون للحق امتياز الا بمقتضى نص في القانون » •

أي أن الامتياز لا يتقرر بعقد كالرهن ، ولا بأمر من القاضي كحق الاختصاص ، وانما يتقرر بمقتضى نص في القانون •

وحق الامتياز على نوعين : أولا ـ حق امتياز عام يرد على جميع أموال المدين من عقارات ومنقولات ، ومن أمثلته الامتياز المنصوص عليه في المادة ١١٤١ مدني والتي تقرر أنه « يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار : (أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن السنة

الأشهر الأخيرة . (ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة.(ج) النفقة المستحقة في ذمة المدين لاقاربه عن ستة الاشهر الاخيرة » . ثانيا ـ حق امتياز خاص يرد على مال معين من أموال المدين ، ومن أمثلته امتياز بائع المنقول على الشيء المبيع ، وامتياز بائع العقار على العقار المبيع ضمانا لحقه في الثمن (م ١١٤٥ و ١١٤٧ من التقنين المدني) .



الفصل الثاني

الحق الشخصي

١٣١ ـ التعريف بالحق الشخصي :

الحق الشخصي (droit personnel) رابطة بين شخصين يسمى أحدهما بالدائن والآخر بالمدين ، وبمقتضى هذه الرابطة يكون للدائن مطالبة المدين بأداء مالي معين • وهذا الأداء قد يكون باعطاء شيء كنقل ملكية شيء أو ترتيب حق عيني تبعي عليه كالرهن ، واما أن يكون بالقيام بعمل كالتزام مقاول ببناء منزل ، واما بالامتناع عن عمل كالتزام بائع المحل التجاري بالامتناع عن مزاولة نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع •

غير أن هذا التقسيم الثلاثي للأداء محل نظر ، لأنه اذا كان الأداء اعطاء شيء ، فان المدين يلتزم فقط بالقيام بعمل هو اتمام الاجراءات اللازمة لنقل أو ترتيب الحق ، أما الحق نفسه فانه ينتقل أو يترتب بحكم القانون، ولذا فالأصح أن يقال أن الأداء هو عمل سواء كان عملا ايجابيا أم عملا سلبيا أي امتناعا عن عمل •

ولما كان الحق الشخصي علاقة بين شخصين أحدهما دائن والآ-
مدين ، وانه يطلق عليه هذا الاسم أي الحق الشخصي أو حق الدائنية (droit de créance) ، اذا نظر اليه من ناحية الدائن ، ويطلق عليه اسم الالتزام (obligation) اذا نظر اليه من ناحية المدين .

١٣٢ ـ انواع الحق الشخصي :

ان الحق الشخصي باعتباره رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاه أحدهما بأداء مالي معين هو اعطاء شيء أو القيام بعمل ايجابي آخر أو بالامتناع عن عمل ، من الممكن أن تتعدد صوره تعددا لا ينتهي ، لأن صور الاعطاء أو العمل أو الامتناع لا يمكن حصرها ، وهو في جميع هذه الصور لن يلزم الا المدين ، ولذا جاز تعدده تعدداً لا يدخل تحت حصر شريطة ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب .

أما الحقوق العينية ويقابلها دائما التزام على الكافة باحترامها ، فلا ينبغي أن يترك الشخص حرا في انشاء ما يريد منها وتحميل الكافة واجب احترامها بمحض ارادته ، ولذا وردت في القانون على سبيل الحصر .

وخلاصة القول أن الحق الشخصي خلافا للحق العيني من الممكن أن تتعدد صوره ، ولكن مهما تعددت هذه الصور فهي لن تخرج عن الأنواع الثلاثة التي ذكرناها وهي اعطاء شيء كنقل ملكية شيء ، والقيام بعمل كالتزام البائع بتسليم المبيع أو التزام المقترض برد مبلغ القرض ، والامتناع عن عمل كالتزام فنان قبل صاحب مسرح بعدم العمل على مسرح آخر .

الفصل الثالث

الحق المعنوي

١٣٢ ـ التعريف بالحق المعنوي :

يقصد بالحقوق المعنوية أو الحقوق الذهنية كما يطلق عليها الآن ، الحقوق التي ترد على أشياء معنوية أي أشياء غير محسوسة من نتاج وخلق الفكر . وأهم ما يطالعنا في هذا الشأن هو حق المؤلف على مصنفه (droit d'auteur) وهو ما سنقتصر على دراسته في ايجاز [1] .

---

(١) بدأ تنظيم الحقوق الذهنية في مصر اعتبارا من سنة ١٩٣٩ ، اذ صدر في تلك السنة القانون رقم ٥٧ الخاص بحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية ، ثم القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الذي تضمن بعض الأحكام المتعلقة بالمقومات المعنوية للمحل التجاري ، ثم القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، وبصدور هذين القانونين تم تنظيم ما يسمى بالملكية الصناعية ، واكتمل هذا التنظيم بصدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بالموافقة على الاتفاقات الدولية الخاصة بحماية الملكية الصناعية .

وفي سنة ١٩٥٤ صدر القانون رقم ٣٤٥ الخاص بحماية حقوق المؤلف .
=

١٣٤ ـ المقصــود بالمؤلف :

يقصد بالمؤلف كل شخص ينتج انتاجا ذهنيا أو خلقا فكريا أيا كان نوعه ووسيلة التعبير عنه ، ما دام هذا الانتاج أو الخلق يتضمن قــدرا معينا من الابتكار . وقد حدد القانون رقم ٣٥٤ الذي صدر في مصر سنة ١٩٥٤ المؤلف بأنه : الشخص الذي نشر المصنف منسوبا اليه ، ســواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف ، أو بأية طريقة أخرى من الطرق المتبعة في نسبة المصنفات لمؤلفيها ، سواء بذكر اسم المؤلف عليه أم بذكر اســم مستعار أم علامة خاصة لا تدع مجالا للشك في التعرف على شخصيــة المؤلف ، ما لم يقدم الدليل على عكس ذلك .

وعلى هذا النحو ينصرف لفظ المؤلف الى الكاتب والمخترع والرسام والمثال والملحن ، بل والى المترجم الذي يتولى ترجمة المصنف الى لغــة أخرى أو يقوم بتلخيصه أو تحويره أو شرحه أو التعليق عليه بطريقــة تبرزه في شكل جديد يضفي عليه طابع الابتكار الذي هو شرط حمايــة القانون لحق المؤلف .

= وفي لبنان بدأ تنظيم الحقوق الذهنية بصدور القرار رقم ٢٣٨٥ بتاريخ ١٧ كانون الثاني سنة ١٩٢٤ بنظام حقوق الملكية التجارية والصناعية ، وقــد اشتمل هذا القانون علاوة على تنظيم الملكية التجاريــة والصناعيــة ، علــى تنظيم ما أسماه « بالملكية الكتابية والفنية » اي حقوق المؤلف . وقد عــدل هذا القرار عدة مرات ، كان اهمها التعديل بمقتضى القانــون الصادر في ٣١ كانون الثاني سنة ١٩٤٦ . كذلك صدر في ٢٦ شباط ســنــة ١٩٤٦ قانــون يحدد حقوق المؤلفين على آثارهم الموسيقية . وقد عدل هذا القانــون بقانون صدر في ٣١ كانون الأول سنة ١٩٥٧ . كذلك انضم لبنان الى أهم الاتفاقات والمعاهدات الدولية المبرمة في هذا الشأن .

١٣٥ ـ انـواع المصنف :

يقصد بالمصنف كما رأينا أي خلق ذهني مبتكر اتخذ مظهر الكتابة أو الرسم أو النحت أو الموسيقى أو الاختراع ... الخ .

وليس معنى الابتكار هنا ـ وهو شرط حماية حق المؤلف كما سبق أن ذكرنا ـ الاتيان بأفكار جديدة لم يسبق معرفتها ، وانمايقصد بالابتكار أن يأخذ الانتاج الفكري طابعا متميزا بالأصالة يبرز شخصية صاحبه سواء كان ذلك في جوهر الموضوع أو في طريقة عرضه أو التعبير عنه .

والمصنف قد يكون من عمل مؤلف واحد ، وقد يكـون مصنفـا مشتركا ، وقد يكون مصنفا جماعيا .

والمصنف المشترك هوالذي يشترك في عمله أكثر من شخص . واذا أمكن فصل عمل كل مؤلف عن عمل غيره من المشتركين معه ، كانله أن يستغل الجزء أو الجانب الذي انفرد بوضعه بشرط عدم الاضرار باستغلال المصنف المشترك . أما اذا تعذر افراد عمل كل شخص منهم ، اعتبر الجميع أصحاب حق عليه بالتساوي ، ووجبت موافقتهم جميعا لمباشرة حق المؤلف على المصنف (م ٣٦ من القانون رقم ٣٥٤) .

والمصنف الجماعي هو كما ورد في المادة ١/٣٧ من القانون السابق الذكر « المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد اليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة » . ومثالـه أن تعهد احدى دور النشر لجماعة من الكتاب بوضع كتاب في موضوع معين تتولى نشره ، فيكون لهذه الدار حق المؤلف على الكتاب .

١٣٦ ـ الطبيعة المزدوجة لحق المؤلف :

لن نتعرض هنا لطبيعة حق المؤلف وما تثيره من خلاف في الرأي ، وانما سنقتصر على دراسة مضمون هذا الحق بشقيه الأدبي والمالي ، ذلك أن حق المؤلف ينطوي على حق أدبي من ناحية وعلى حق مالي من ناحية أخرى ، ولذا قيل أنه حق من نوع خاص له طبيعة مزدوجة .

١٣٧ ـ الحق الأدبي :

لما كان المصنف خلقا ذهنيا نابعا من فكر صاحبه ، ويتصل بذلك بشخصيته أوثق اتصال ، فيكون له عليه حقا أدبيا أو معنويا بغرض حماية هذا الجانب من جوانب شخصيته . وعلى هذا الأساس يكون للمؤلف سلطة التقدير في نشر مؤلفه أو عدم نشره ، سلطة التغيير أو التعديل فيه ، سلطة سحبه من التداول اذا رأى أنه لم يعد يتفق واتجاهات العصر ، أو أن في استمرار تداوله ما يمس سمعته العلمية أو الأدبية أو الفنية ، مع مراعاة تعويض الضرر الذي يصيب الغير كالناشر مثلا .

هذا الحق الأدبي الذي للمؤلف حق مؤبد لا ينقضي بانقضاء مدة معينة ، بل يظل ثابتا له طوال حياته وينتقل الى ورثته عند وفاته ، وان كان دور الورثة يقتصر على مجرد المحافظة على سمعة مورثهم العلمية أو الفنية أو الادبية ، ورقابة استمرار نشر المصنف منسوبا الى مورثهم بالطريقة التي تخيرها ، أي أن الورثة يعتبرون مجرد حراس على تراث مورثهم الفكري .

ولما كان هذا الحق الأدبي لا يقوم بمال ، امتنع التصرف فيه أو الحجز عليه لأنه ليس عنصرا من عناصر الذمة المالية للشخص .

١٢٨ ـ الحـق المالـي :

من الطبيعي ، والمصنف من خلق صاحبه ، أن يكون لهذا الأخـير الاستفادة ماديا منه ، وهذا ما يعبر عنه بالحق المالي للمؤلف . والاستفادة من المصنف ماديا يكون عن طريق استغلالـه . وقد يتنـازل المؤلف عن احتكار استغلال مصنفه الى الغير بعوض أو بدون عوض ، حال حياتـه أو بعد موته بطريق الوصية .

والحق المالي باعتباره أحد عناصر الذمة المالية للمؤلف ينتقل بوفاته الى ورثته . وهذا الحق المالي على خلاف الحق الأدبي ليس مؤبدا ، بل هو حق مؤقت ينقضي بصفة عامة بمضي خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف، وفي هذه الحالة لا يصبح استغلال المصنف ماليا قاصرا على أحد ، لأنـه بفوات هذه المدة يعتبر المصنف جزءا من التراث الفكري للمجتمع البشري.

الباب الثاني

اركان الحق

١٣٩ ـ ركنا الحق :

رأينا أن الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص يحميها القانون . واذا حللنا هذا التعريف تبين لنا أن الحق ينطوي على ركنين أساسيين هما : صاحب الحق ، ومحل الحق . وصاحب الحق هو الشخص، وعلى هذا سنتكلم أولا في أشخاص الحق ، وثانيا في محل الحق .

الفصل الاول

اشخاص الحق

١٤٠ ـ المقصود بالشخص :

يقصد بالشخص في سائر علوم الاجتماع ـ عدا القانون ـ الانسان. ففي مفهوم القانون الشخصي هو كل كائن تثبت له صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات ، وعلى هذا النحو ينصرف مدلول اصطلاح الشخص أو الشخصية الى الانسان ، وهذا هو الشخص الطبيعي ، أو الى مجموعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال تتوافر لها الشخصية القانونية ، وهذا هو الشخص المعنوي أو الاعتباري كالدولة أو الشركة أو الجمعية.

هذا ويتعين التفرقة بين الشخصية وأهلية الوجوب التي سنتكلم عنها فيما بعد ، لأنه اذا كان كلاهما يتعلق بصلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات ، الا أنهما يختلفان من حيث المدلول . فالشخصية تتعلق بمبدأ الصلاحية لاكتساب الحق أو بتحمل الواجب بصفة عامة . أما أهلية الوجوب فتتعلق بمدى هذه الصلاحية ، بمعنى أن حرمان الشخص من بعض الحقوق أو اعفاءه من بعض الواجبات ، لا يمس الشخصية التي توجد بغض النظر عن مدى الحقوق والواجبات الثابتة للشخص ، ولكن هذا الحرمان أو الاعفاء يمس أهلية الأداء فينتقص

منها . فحرمـان الأجنبي في مصر من تملك الأراضي الزراعيـة لا يمس شخصيته ولكنه يقيد أهلية الأداء بالنسبة له .

١٤١ ـ تقسيم :

رأينا أن الشخص في نظر القانون أما أن يكون شخصا طبيعيا ، واما أن يكون شخصا معنويا أو اعتباريا . وعلى هذا الأساس سنتكلم أولا في الشخص الطبيعي ، وثانيا في الشخص المعنوي .

الفـرع الاول
الشخص الطبيعـي

١٤٢ ـ الانسـان :

الانسان هو الشخص الطبيعي ، وتثبت له الشخصية بغض النظر عن مدى ما يتوافر له من حقوق أو ما يتحمله من واجبات .

وسنتناول في دراسته الكلام في : أولا ــ مدة الشخصية . ثانيا ــ مميزات الشخصيات . ثالثا ــ الأهلية ونقصد بها أهلية الأداء .

المبحـث الاول
مـدة الشخصيـة

١٤٣ ـ بـدء الشخصيـة :

تبدأ شخصية الانسان بالولادة . غير أنه يرد على هذه القاعـدة قيدان : الأول ــ أن يولد الانسان حيا (Vivant) الثاني ــ أن الشخصية قد تتقرر للانسان قبل ولادته ، أي تتقرر للجنين أي الحمل المستكن .

١٤٤ ـ القيد الاول ـ الولادة حيا :

يشترط لثبوت الشخصية أن يولد الانسان حيا ، فان ولد ميتـا فلا تثبت له . ويشترط في القانون المصري انفصال المولود حيا عن أمه انفصالا

تاما (م ٢٩/١ مدني) ، وهذا هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل •

وفي القانون اللبناني يشترط كذلك انفصال المولود انفصالا كاملا عند غير المسلمين وعند طائفة الشيعة • أما عند طائفة السنة وطائفة الدروز ، ويأخذان بالمذهب الحنفي ، فيعتبر الانسان قد ولد حيا اذا خرج أكثره حيا ولو توفي بعد ذلك [١] •

١٤٥ ـ القيد الثاني ـ الجنين :

خروجا على الأصل العام بثبوت الشخصية بولادة الانسان حيا ، فانه يثبت للجنين أي للحمل المستكن بعض الحقوق قبل الولادة ، أي تكون له أهلية وجوب ناقصة • ذلك أنه فضلا عن النسب ، يثبت للجنين الحق في الارث وفي الوصية وفي الهبة [١] ، والى هذا أشار المشرع المصري في المادة ٢/٢٩ مدني بقوله « ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » •

---

(١) في القانون الفرنسي لا يكفي أن يولد الانسان حيا ، بل يجب ايضا ان يولد قابلا للحياة (Viable)أي مستكملا للاعضاء الاساسية للحياة ، ويعتبر انه ولد حيا اذا تنفس بعد انفصاله •

(٢) نص المشرع اللبناني على حق الجنين في الهبة في المادة ٥١٨ من قانون الموجبات والعقود ، فقرر ان « الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز ان يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم » . ونظرا لأن القانون المصري قد جاء خلوا من نص مماثل فقد ثار الخلاف بين الشراح في أمكان الهبة للجنين (راجع حسن كيرة ، أصول القانون ، ص ٧٢٢ ، وتوفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨) •

على أن ما يثبت للجنين من حقوق يكون موقوفا على شرط ولادته حيا ؛ فان ولد ميتا اعتبر الأمر كأن لم يكن ؛ ورد الى التركة مثلا ما كان موقوفا له من ارث .

١٤٦ ـ نهايـة الشخصيـة :

الأصل أن تنتهي شخصية الانسان بموته موتا حقيقيا ؛ الا أنه خروجا على هذا الأصل تنقضي الشخصية كذلك بالموت الحكمي ، وهذه هي حالة المفقود .

١٤٧ ـ المفقـود :

المفقود شرعا هو الغائب غيبة منقطعة ؛ أي انقطعت أخباره فلا تعرف حياته من مماته .

ويفرق في القانون المصري [١] بالنسبة للمفقود بين فرضين :

الفرض الأول ـ حالة المفقود الذي يوجـد في ظروف يغلب فيهـا الهلاك ؛ كما لو تم الفقد أثناء حرب أو في كارثة كفيضان أو زلزال . وفي هذا الفرض يحكم القاضي بموت المفقود بعد أربع سنوات من تاريـخ فقده (أو يصدر قرار وزير الحربية باعتبـاره مفقـودا اذا كـان من العسكريين) .

الفرض الثاني ـ حالة المفقود الذي لا يوجد في ظروف يغلب فيها الهلاك ؛ كمن سافر الى بلد آخر طلبا للعلم أو السياحة وانقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته . وفي هذا الفرض يترك للقاضي تحديد المـدة التي يحكم بعدها بموته ، وطبيعي أن هذه المدة لن تقل عن اربع سنوات .

---

(١) راجع المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المعدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ والخاصة بأحكام الفقد .

وفي الفرضين معا لا يجوز الحكم بموت المفقود الا بعد أن يتحرى القاضي عنه بكافة الطرق الممكنة ، حتى يستبين له ما اذا كـان حيا أم ميتا [1] .

١٤٨ ـ ما يترتب على الحكم باعتبار المفقود ميتا :

يترتب على الحكم بموت المفقود (أو صدور قرار وزير الحربيـة باعتباره مفقودا اذا كان من العسكريين) أن تنتهي شخصيته . فيجـوز لزوجته أن تعتد عدة الوفاة وأن تتزوج من غيره بعد انتهاء فترة العدة . وتوزع تركته على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته (أو وقت صدور قرار وزير الحربية) .

واذا كان المفقود يعتبر حيا بالنسبة للأحكام التي تضره حتى يقضي (أو يصدر قرار) بموته ، الا أنه يعتبر ميتا بالنسبة للأحكام التي تنفعـه

---

(١) يختلف تحديد المدة التي يحكم بفواتهـا موت المفقـود في القانون اللبناني بحسب الطوائف الدينية . فبالنسبة لطائفتي السنـة والشيعـة لا تختلف المدة التي يحكم بفواتها باعتبار المفقود ميتا باختلاف ظروف الفقد .

غير ان المذهب الحنفي الذي تأخذ به طائفة السنة يرى الحكم باعتبار المفقود ميتا بعد مضي مدة لا يعيشها اقرانه ، والراي على تقديرها بتسعين سنة من تاريخ ولادته . اما المذهب الجعفري الذي تأخذ به طائفة الشيعـة فيرى اعتبار المفقود ميتا بعد مائة سنة من ولادته .

أما بالنسبة للطوائف غير الاسلامية ولطائفة الدروز ، فاذا كان الفقـد في ظروف يغلب فيها الهلاك حكم القاضـي بمـوت المفقود بعـد مضي عشر سنوات من تاريخ الفقد (م ١٣٤ من قانون الأحوال الشخصية للطائفةالدرزية لسنة ١٩٤٨ ـ م ١/٣٤ من قانون الارث لغير المحمديين لسنة ١٩٥٩) . أمـا اذا كان الفقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك ، فيعتبر المفقود ميتـا ببلوغـه مائة سنة بالنسـبة للطوائف الاسلامية (م٣٤/٢) . وبالنسبة للدروز يترك الأمر للقاضي (م ١٣٤ من قانون احوالهم الشخصية) .

وتعمر غيره . فاذا كان قد آل اليه ميراث في الفترة بين فقده والحكم (أو القرار) بموته . فانه بعد صدور هذا الحكم (أو القرار) لا ينتقل هـذا الميراث الى ورثته هو . وانما يعود نصيبه الذي كان موقوفا الى من كانوا يستحقونه وقت وفاة المورث .

١٤٩ ـ ظهور حياة المفقود :

اذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم (أو القرار) بموته . فان زوجته تعود اليه اذا لم تكن قد تزوجت بغيره . واذا كانت قد تزوجت بغيره ولم يدخل بها . فيفسخ الزواج الثاني وتعود لزوجها الأول (وكذلك الحكم اذا كان الزوج الثاني قد تزوجها وهو يعلم بحياة المفقود ، أو كان قد عقد عليها أثناء فترة عدتها من المفقود) . أما اذا كان الزوج الثاني حسن النية ، أي يجهل حياة المفقود ، ولم يكن قد عقد عليها خلال العدة ، وكان قد دخل بها ، فانها تكون له .

وبالنسبة لأمواله فانه يأخذ ما بقي في يد ورثته مما كانله ، ولا يسأل أحدهم عما تصرف فيه ، وكذلك الحكم بالنسبة الى ما بقي في أيدي ورثة مورثه من نصيبه الذي رداليهم .

المبحث الثاني
مميزات الشخصية

١٥٠ ـ تقسيم :

يحدد الفقهاء مميزات الشخصية بأمور ثلاث هي : الحالة التي تحدد مركزه بالنسبة الى الدولة ، والى الأسرة ، وفي بعض الأحيان بالنسبة الى الدين . والاسم وهو وسيلة التعرف عليه . وأخيرا الموطن الذي يساعد في العثور على مكانه حيث يقيم .

وسنضيف الى دراسة هذه العلامات الثلاث المميزة للشخصية دراسة الذمة المالية باعتبار أن كل شخص له ذمة مالية •

المطلب الاول

الحالة

١٥١ ـ التعريف بالحالة :

الحالة (état) هي مجموع من الصفات يترتب على توافرها آثار قانونية معينة،تؤثر فيتحديدهما للشخص من حقوق وماعليه من واجبات•وقوام الحالة هي انتساب الشخص الى دولة معينة ، والى أسرة معينة ، والى دين معين •

١٥٢ ـ انتساب الشخص الى دولة معينة :

ينتسب كل شخص الى دولة معينة ، والرابطة التي تجمع بينهما تسمى بالجنسية (La nationalité) فالجنسية صفة في الشخص تفيد انتسابه الى دولة معينة ، ولو أن من الأشخاص من لا ينتسب الى أية دولة ويسمى بعديم الجنسية (Apatride)

والدول تجري في تحديد الجنسية على احدى قاعدتين أو عليهما معا ، وهما : قاعدة الدم فيأخذ الشخص جنسية أبيه وأحيانا جنسية أمه • وقاعدة محل الميلاد باعطاء الشخص جنسية الدولة التي يولد على اقليمها بصرف النظر عن جنسية أبويه • ويأخذ القانونان المصري واللبناني بقاعدة الدم أي برباط الدم كما يسمى أيضا •

والجنسية التي تكلمنا عنها هي الجنسية الأصلية التي تثبت للشخص عند الميلاد على أساس رباط الدم (jus sanguinis) أو رباط الاقليم (jus soli) . غير أنه يوجد بجانب الجنسية الأصلية ما يسمى

بالجنسية الطارئة وهي التي تكتسب بعد الميلاد ولسبب آخر غيره ، وهي تكتسب عادة بطريق الزواج أو بطريق التجنس .

والعلة في تحديد جنسية الشخص أن نطاق الحقوق التي يتمتع بها والواجبات التي يتحملها يختلف بحسب ما اذا كان من الوطنيين أم من الأجانب . فالأجنبي لا يتمتع بالحقوق السياسية كحق الترشيح أو الانتخاب في المجالس النيابية أو حق تولي الوظائف العامة ، كما أنه لا يتمتع ببعض الحقوق المدنية ، فكثير من تشريعات الدول تحرم على الأجنبي تملك العقارات خاصة الأراضي الزراعية ، أو تحظر عليه مزاولة مهنة معينة كالطب أو المحاماة . كذلك لا يتحمل الاجنبي كل الواجبات التي يلتزم بها الوطني ، فلا يكلف مثلا بأداء الخدمة العسكرية .

على أنه مهما تقلصت حقوق الأجنبي فهناك حد أدنى تفرضه قواعد القانون الدولي العام ، فلا يحرم من الحريات العامة أو الحقوق اللصيقة بشخصه كانسان .

١٥٣ ـ انتساب الشخص الى اسرة معينة :

ينتسب الشخص الى أسرة ، أي يربطه بالأسرة رباط معين . وقد يتبادر الى الذهن أن اللقيط ـ وهو من لا ينتسب الى أسرة ـ ليست له حالة، الا أن وصفه بأنهلقيط معناه أنه لا ينتسب الىأسرة، وهذا يكون الحالة تكوينا قانونيا .

والأسرة هي مجموعة من الأشخاص يرتبطون معا برباط القرابة ، وهو ما عبر عنه المشرع المصري في المادة ١/٣٤ مدني بقوله « تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه » . والقرابة تقوم اما على أساس النسب واما على أساس المصاهرة .

ورباط النسب هو رباط الدم ، والقرابة التي تقوم على أساس النسب هي اما قرابة مباشرة أو قرابة حواشي .

والقرابة المباشرة هي التي تقوم بين الأصول والفروع ، أي تقوم على أساس تسلسل عمودي ، كالقرابة بين الابن والأب والجد (٣٥/١ مدني) .

أما قرابة الحواشي فهي التي تقوم بين الأشخاص الذين يشتركون في أصل مشترك دون تسلسل عمودي بينهم ، كالقرابة بين الأخ وأخيه ، أو بين الشخص وعمه أو عمته (م ٣٥/٢ مدني) .

ويراعى في حساب درجات القرابة بنوعيها أن كل طبقة درجة مع استبعاد حساب الأصل أو الأصل المشترك ، وهو ما نصت عليه المادة ٣٦ مدني بقولها « يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل ، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه الى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة » .

وعلى هذا الأساس يعتبر الابن في الدرجة الأولى بالنسبة الى الاب وفي الدرجة الثانية بالنسبة الى الجد الأول في حساب القرابة المباشرة . وفي حساب قرابة الحواشي يعتبر ابن العم في الدرجة الرابعة بالنسبة الى ابن عمه ، وذلك بالصعود من الشخص حتى الأصل المشترك ثم بالنزول من الأصل المشترك حتى القريب الآخر ، دون احتساب الأصل المشترك .

أما رباط المصاهرة فقوامه الزواج ، فبالزواج تنشأ القرابة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر ، وليس بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر ، وهو ما عنته المادة ٣٧ مدني بالنص على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر » . وعلى هذا الأساس يعتبر أخ الزوجة وهو قريب لها بالنسب في

الدرجة الثانية ، قريبا لزوجها في الدرجة الثانية كذلك ، ولكنها قرابة مصاهرة ، وابن عمها وهو قريبها بالنسب في الدرجة الرابعة ، قريبا لزوجها بالمصاهرة في الدرجة الرابعة كذلك ... وهكذا .

وتبدو أهمية القرابة في تحديد الحقوق والواجبات العائلية ، أي في تحديد ما يسمى بحقوق الأسرة ، خاصة ما تعلق منها بالارث والنفقة . بل ان للقرابة أثرها على النشاط القانوني للشخص ، فمثلا يعتبر القاضي غير صالح لنظر الدعوى اذا كان قريبا أو صهرا لاحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته مصلحة في الدعوى [1] .

١٥٤ ـ انتساب الشخص الى دين معين :

الأصل هو تساوي جميع الأشخاص في الحقوق والواجبات بصرف النظر عن الدين الذي ينتمون اليه ، غير أنه لما كانت مسائل الأحوال الشخصية في مصر ولبنان قد تركت لحكم الشرائع الدينية وخاصة الشريعة الاسلامية في مصر ، اختلفت الحقوق والواجبات التي تثبت للشخص باختلاف الدين الذي ينتسب اليه .

من ذلك اباحة تعدد الزوجات بالنسبة للمسلم حتى أربع ، وقصر هذا الحق على واحدة بالنسبة لغير المسلم . واباحة الطلاق بالنسبة للمسلم وحرمان بعض غير المسلمين منه . واباحة زواج المسلم بكتابية من غير المسلمين ، وتحريم زواج المسلمة بغير مسلم .

ومن ذلك أيضا اعتبار اختلاف الدين مانعا من موانع الارث في الشريعة الاسلامية [2] ... وهكذا .

---

(١) م ١١٩ و ١٢٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، و م ١٤٧ ـ ١٤٩ مرافعات مصري .

(٢) تنص المادة ٩ من قانون الارث لغير المحمديين في لبنان على ان « اختلاف الدين لا يمنع من الارث الا اذا كان الوارث تابعا لأحكام تمنع من الارث بسبب اختلاف الدين » .

المطلب الثاني

الاسم

١٥٥ ـ المقصود بالاسم وتكوينه :

الاسم هو العلامة التي يتميز بها الشخص عن غيره ، وهو يتكون من الاسم الشخصي (prénom) واللقب (nom) وهو اسم الأسرة . واللقب يلحق الشخص عن طريق النسب ، فيكون للولد لقب أبيه ، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٨ مدني بقولها « يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده » . غير أن الغالب في مصر ولبنان هو استعمال الاسم الشخصي مضافا اليه اسم الأب أو الجد ، وان كان استعمال اللقب قد بدأ ينتشر الآن ، وقد ترك المشرع في القانون المدني المصري تنظيم اللقب لتشريع خاص (م ٣٩) ، غير أن هذا التشريع لم يصدر حتى اليوم [١] .

واذا كان الأصل أن الشخص يكتسب اللقب عن طريق النسب ، الا أن العرف في بعض البلاد الغربية كفرنسا ، قد جرى على اكتساب الزوجة لقب زوجها بالزواج [٢] .

١٥٦ ـ طبيعة حق الانسان على اسمه :

كان من رأي فريق من الشراح أن حق الانسان على اسمه هو حق

---

(١) تقضي المادة ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالأحوال المدنية على انه يجب ان يشتمل التبليغ عن المواليد ذكر اسم الطفل ولقبه .

(٢) يرى بعض الشراح اللبنانيين ان هذا العرف موجود في لبنان (ألبير فرحات ، القانون المدني ، مقدمة عامة ، ص ٢٩٥) . والغالب وجود مثل هذه العادة في مجال المجاملات ، ولكنها لا ترقى الى مرتبة العرف في مجال العلاقات القانونية (حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ٢٤٠) .

ملكية ، وهذا هو مذهب القضاء الفرنسي ، ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن حق الملكية حق مالي يجوز التصرف فيه ، في حين أن الحق في الاسم حق غير مالي ويخرج بذلك من نطاق التعامل .

ويرى البعض الآخر من الفقهاء أن الاسم عبارة عن نظام اداري تفرضه الدولة على الأشخاص حتى يمكن التمييز بينهم (Institution de police) غير أنه يعيب هذا الرأي أنه يقتصر على تصوير الواقع ولا يكيفه من الناحية القانونية .

والرأي الراجح الآن أن حق الانسان على اسمه هو حق من الحقوق العامة اللصيقة بالشخصية ولذا فلا يجوز التصرف فيه ، أو سقوطه أو اكتسابه بالتقادم .

١٥٧ ـ ثبات الاسم :

ما دام أن الاسم هو العلامة التي يتميز بها الشخص عن غيره ، فمن مصلحة الجماعة أن يمتنع عليه التغيير أو التبديل فيه بمحض ارادته ، والا شاعت الفوضى واختلط الأمر .

غير أن مبدأ ثبات الاسم لا يمنع من تغييره اذا دعت الى ذلك ضرورة كما لو اشتهر الشخص باسم آخر ، أو كان في الاسم ما يدعو الى السخرية به ... الخ ، كل هذا بشرط مراعاة الاجراءات التي يتطلبها القانون ضمانا لجدية التغيير ، وحماية للغير الذي قد يقصد بالتغيير الاضرار به ، بانتحال شخصيته أو التحايل باسمه . ولهذا فان القانون المصري يتطلب لامكان تغيير الاسم صدور حكم قضائي بذلك ، أما تصحيح الخطأ المادي فمن اختصاص مصلحة الأحوال المدنية (م ٣٦ من قانون الأحوال المدنية) [١].

---

(١) لم يتعرض المشرع اللبناني الا لحالة تصحيح الاسم ، فجعله من اختصاص القضاء (م ٢١ من المرسوم رقم ٨٨٣٧ بتاريخ ١٥ كانون الثاني سنة ١٩٣٢) ، وقياسا على ذلك يصح القول بأن تغيير الاسم يكون من اختصاص القضاء أيضا .

١٥٨ ـ حماية الاسم :

لما كان الاسم حقا من حقوق الشخصية ، وجب حمايته من أي اعتداء عليه . والاعتداء على الاسم من قبل الغير يكون بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه أو استعماله على أي وجه كان ، وهو ما نصت عليه المادة ٥١ مدني بقولها « لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

أي أن حماية الاسم تكون برد الاعتداء عليه من ناحية ، وتعويض صاحبه عما أصابه من ضرر مادي أو أدبي بسبب هذا الاعتداء من ناحية أخرى .

والحماية القانونية للاسم لا تقتصر على الاسم الحقيقي للشخص ، بل تمتد كذلك الى اسم الشهرة (surnom) أو الى الاسم المستعار (pseudonyme) ، الذي يتخذه الشخص عند مزاولة بعض أوجه النشاط الفني أو الأدبي ، لأنهما من العلامات المميزة للشخص كالاسم الحقيقي .

١٥٩ ـ الاسم التجاري :

الاسم التجاري (nom commercial) هو الاسم الذي يتخذه التاجر ، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا ، ليميز به محله التجاري . ويعتبر الاسم التجاري عنصرا من عناصر المحل التجاري ويعتد به في تقويمه .

والحق على الاسم التجاري ـ بعكس الحق على الاسم الشخصي ـ حق مالي ، ولذا يجوز التصرف فيه ، وهو ما يحدث عند بيع المحل التجاري .

هذا وقد يقع أن يكون اسم المحل التجاري هو الاسم الخاص لصاحبه ، وفي هذه الحالة يكون المقصود بالتصرف فيه هو السماح فقط باستعماله كعنوان للمحل التجاري مع اضافة كلمة خلف أو خلفاء منعا للاشتباه •

•يحمي القانون الاسم التجاري حمايته للاسم الخاص ، فيمنع أي اعتداء عليه ، سواء كان بالمنازعة فيه أو بانتحاله •

المطلب الثالث

الموطن

١٦٠ ـ التعريف بالموطن وتحديده :

يقصد بالموطن (Le domicile) المكان الذي يعتد به في مخاطبة الشخص في شؤونه القانونية ، فاليه توجه الأوراق المطلوب اعلانه بها كالاعلان أو الانذار أو صحيفة الدعوى ، واليه يرجع في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع ، أو في تحديد مكان الوفاء بالتزام وبعبارة موجزة يعتبر الموطن المقر القانوني للشخص •

ويفترق الموطن عن محل الوجود (La résidence) الذي قد يوجد فيه الشخص بصفة مؤقتة عارضة ، كالاقامة في فندق بضعة أيام أثناء السفر ، في أن الأخير لا يعتبر مقرا قانونيا له •

ويؤخذ في تحديد الموطن بأحد تصويرين هما : التصوير الحكمي والتصوير الواقعي •

والتصوير الحكمي قوامه المركز الرئيسي للشخص ، الذي يقوم فيه

باستيفاء ما له وايفاء ما عليه ، ولا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بشؤون نفسه ، حتى ولو لم يكن موجودا فيه في غالبية الأحيان ، وهذا هـو التصوير الذي أخذ به القانون الفرنسي . ويترتب عليـه أن لكل شخص موطن ، وأن ليس للشخص أكثر من موطن واحد .

أما التصوير الواقعي فقوامه الاقامة الفعلية للشخص ، وهذا هـو التصوير الذي أخذ به المشرع المصري بما قرره من أن « الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة » (م ٤٠ / ١ مدني) ، أي المكان الذي يتحقق فيه معنى الاستقرار والاقامة المستمرة ولو تخللتها غيبة . ويترتب علـى الأخذ بهذا التصوير الواقعي أن الشخص قد لا يكون له موطن ما كما في حالة البدو الرحل ، أو أن يكون للشخص أكثر من موطن كمن له زوجتان أفرد لكل منهما مكانا مستقلا (م ٤٠/ ٢ مدني) .

١٦١ ـ انـواع المـوطـن :

الموطن على نوعين : موطن عام (domicile général) وقوامه فكرة الاقامة المعتادة على النحو السابق الذكر . وموطن خاص (domicile spécial) وهو يوجد بجانب الموطن العام ، ويكون مقرا قانونيا للشخص بالنسبـة لنشاط أو معاملات معينة على وجه التحديد ، وذلك بقصد التيسير علـى الشخص وعلى المتعاملين معه بخصوص هذه المعاملات .

وللموطن الخاص أكثر من صورة ، فهناك موطن الأعمال ، وموطن ناقص الأهلية ، والموطن المختار .

١٦٢ ـ موطـن الاعمـال :

تنص المادة ٤١ مدني على أنه « يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجـارة أو الحرفة » .

فهذا الموطن يعتبر موطنا خاصا بالنسبة الى أعمال التجارة أو الصناعة أو الحرفة التي يزاولها الشخص ، أما ما عدا ذلك من أوجه نشاطه فالعبرة بالنسبة اليها بالموطن العام •

هذا ويلاحظ أنه لا يقتصر مدلول لفظ الحرفة على معناها الضيق كالنجارة مثلا ، بل ينصرف الى باقي المهن الحرة كالطب والمحاماة مثلا •

١٦٣ ـ موطن ناقص الأهلية بالنسبة لما يعتبر اهلا لمباشرته من تصرفات :

اذا كان موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عنه قانونا (م ١/٤٢ مدني) ، وهذا هو ما يعرف بالموطن القانوني أو الالزامي • الا أنه بجانب هذا الموطن القانوني ـ وهو بعد الموطن العام بالنسبة الى القاصر ـ يوجد موطن خاص بالنسبة لهذا الأخير اذا بلغ ثماني عشرة سنة ، وذلك بالنسبة الى التصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها •

وهذا الموطن الخاص يقوم القاصر بتحديده تحديدا اراديا ، فقد يكون محل اقامته المعتادة وهذا هو الأصل ، وقد يكون المكان الذي يختاره لتنفيذ تصرف قانوني معين • وعلى هذا نصت المادة ٤٢ مدني في فقرتها الثانية فقررت « ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص ، بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها » •

١٦٤ ـ الموطن المختار :

الموطن المختار هو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين (م ١/٤٣ مدني) • ولا يجوز اثبات وجود هذا الموطن الا بالكتابة (م ٢/٤٣ مدني) سواء تم اختيار هذا الموطن بمقتضى عقد أو بالارادة المنفردة للشخص •

والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبري ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى (م ٤٣/٣ مدني).

ومثال الموطن المختار أن يختار شخص مكتب أحدالمحامين موطنا له لكي يعلن فيه كل ما يتعلق بأمور تنفيذ عقد أبرمه مع شخص آخر [1].

المطلب الرابع

الذمة المالية

١٦٥ ـ التعريف بالذمة المالية واهميتها :

الذمة المالية (Le patrimoine) هي مجموعة قانونية تتضمن ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبت مالية . وهي على هذا النحو تتكون من جانبين : جانب ايجابي ويشمل حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبي ويشمل التزامات الشخص المالية . فاذا زاد الجانب الايجابي على الجانب السلبي كانت الذمة دائنة ، واذا كان العكس أي زاد الجانب السلبي

---

(١) اذا كان الأصل أن اتخاذ موطن مختار أمر جوازي للانسان ، الا أن القانون في بعض الحالات قد يلزمه باتخاذ هذا الموطن ، من ذلك ما تقضي به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقاري المصري من انه يجب على الدائن الذي يكون صاحب حق عيني عقاري تبعي يشهر بطريق القيد أن يعين موطنا مختارا في دائرة المحكمة التي يقع في اختصاصها العقار محل الحق .

وما تنص عليه المادة ٢/٧٤ من قانون المرافعات المصري من أن « على الخصم الذي لا يكون له وكيل بالبلد الذي به مقر المحكمة ان يتخذ له موطنا فيه » .

وما يقضي به قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني من أنه يجب على كل من المدعي والمدعى عليه أن يختار مقاما في منطقة المحكمة اذا لم يكن مقيما فيها (م ٣٨٦ و ٣٨٧ و ٣٨٩) .

على الجانب الايجابي كانت الذمة مدينة ، ويعتبر صاحبها في حالة اعسار اذا كان غير تاجر وفي حالة افلاس اذا كان تاجرا .

والذمة على النحو السابق تحديده لا تتضمن الا الحقوق والالتزامات المالية ، فيستبعدمنها الحقوق غير المالية كالحقوق العامة مثلا ، والواجبات غير المالية كالواجب المفروض على الكافة باحترام حقوق الغير .

وأهمية الذمة المالية تتضح في أن لكل شخص ذمة مالية حتى ولو لم يكن له أي حق أو عليه أي التزام كالطفل وقت ولادته .

وأن الذمة تكون ما يسمى بالضمان العام الذي للدائنين بمعنى أن مجموع حقوق المدين المالية يضمن مجموع التزاماته المالية ، ولهذا السبب وجدت فكرة الذمة المالية ، اذ لو وقع الالتزام على مال معين من أموال المدين ؛ لصعب على المدين التصرف فيه ، لأن الناس ترغب عن مال محمل بالتزام لمصلحة الغير ، أما مع وجود فكرة الذمة المالية ، فان الالتزام يقع على مجموع أموال المدين ولا يستقر على أحدها ، وبذا يستطيع المدين أن يتصرف فيه خاليا من كل تكليف أو التزام لمصلحة الغير . والخلاصة أن التزامات المدين تضمنها ذمته المالية أي الجانب الايجابي منها أي جميع أمواله الحاضرة وقت نشوء هذه الالتزامات ، وجميع أمواله المستقبلية أي التي يكتسبها بعد ذلك ، ولا يضمنها مال معين بالذات من أمواله . وبناء على هذا الضمان العام يستطيع أي دائن التنفيذ على أي مال من أموال المدين ، وفي حالة تعدد الدائنين وتزاحمهم يوزع ثمن بيع أموال المدين بينهم وفق قاعدة قسمة الغرماء ، أي لا يفضل أحدهم على الآخر في استيفاء دينه .

المبحث الثالث
الاهلية

١٦٦ ـ موضوعات البحث :

سنتناول بمناسبة دراسة الأهلية البحث بايجاز في مبادىء الأهلية ، ثم في العوامل التي تتأثر بها أهلية الأداء وهي : السن ، وعوارض الأهلية ، وموانع الأهلية [١] .

المطلب الأول
مبادىء الأهلية

١٦٧ ـ اهلية الوجوب واهلية الأداء :

ينصرف اصطلاح الأهلية تارة الى ما يسمى بأهلية الوجوب (Capacité de jouissance) وتارة الى ما يسمى بأهلية الأداء (Capacité d'exercice) وان كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو انعدامها أو نقصها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب ، لأنه اذا انعدمت أهلية الوجوب فلا نتصور البحث في أهلية الأداء .

وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقررها القانون ، وهي على هذا النحو تتصل بالشخصية ، ولذا تثبت للانسان من وقت ولادته الى حين وفاته ، وفي بعض الحالات تثبت له قبل الولادة أي عندما يكون جنينا ، فيكون له الحق في الميراث من مورثه وفي الوصية ممن يوصى له .

---

(١) راجع في شأن الاهلية ، مؤلفنا في النظرية العامة للالتزام ، جـ ١ بند ٥٩ وما بعده .

والأصل في هذه الأهلية أن تكون كاملة ، الا أنها في بعض الحالات قد تكون منعدمة وفي حالات أخرى قد تكون ناقصة ، فهي منعدمة بالنسبة لمن يحكم عليه بالموت المدني في الشرائع التي كانت تبيح ذلك ، وفي الرهبنة بالنسبة لبعض الطوائف المسيحية ، وهي ناقصة بالنسبة لبعض الأشخاص كالأجانب الذين يحرمهم المشرع من التمتع ببعض الحقوق كالحق في تملك الأراضي الزراعية (قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥١ في مصر).

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لاعمال ارادته اعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده ، وهذه الأهلية قد تكون كاملة أو ناقصة أومعدومة . فاذا كانت كاملة صح التصرف الذي يجريه الشخص. واذا كانت ناقصة كان التصرف قابلا للابطال ، واذا كانت معدومة كان التصرف مطلق البطلان .

١٦٨ ـ اتصال أحكام الأهلية بالنظام العام :

أحكام الأهلية وان كان الغرض منها حماية مصالح خاصة هي مصالح الأفراد . الا أنها تمس الافراد في مجموعهم ولذا تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، وعلى هذا لا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق على ما يخالفها ، فلا يجوز للشخص مثلا أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء أو أن يتفق على توسيعها أو التقييد منها ، وقد نصت على ذلك المادة ٤٨ مدني بقولها « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . وبناء على هذا النص يقع باطلا كل اتفاق على تعديل أهلية الشخص ، أما ادعاء الشخص أهلية ليست له فلا أثر له الا في حالة الغش ، اذ يكون للمتعاقد الآخر الرجوع عليه بالتعويض ، كادعاء الشخص كمال الأهلية وتقديمه شهادة ميلاد مزورة تدل على بلوغه سن الرشد (م ١١٩ مدني) .

١٦٩ ـ عبء اثبات عدم الاهلية او نقصها :

تنص المادة ١٠٩ مدني على أن « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحدمنها بحكم القانون » • والذي يستخلص من هذاالنص أن عبء اثبات نقص أو انعدام الأهلية على من يدعيه ، فاذا ادعى أحد المتعاقدين نقص أهليته بغية التوصل الى ابطال العقد كان عليه اثبات هذا الإدعاء •

هذا ولما كانت القاعدة أهلية كل شخص للتعاقد ما لم يثبت العكس، وأن المتعاقد غير ملزم باعلان نقص أهليته ، وجب على كل متعاقد أن يتأكد من كمال أهلية من يتعاقد معه ، والا تحمل تبعة تقصيره اذا أبطل العقد لنقص الأهلية •

المطلب الثاني

العوامل التي تتأثر بها الاهلية

١٧٠ ـ بيان هذه العوامل :

تتأثر أهلية الأداء بالسن ، كما تتأثر بعوامل أخرى هي عوارض الأهلية ، وموانع الأهلية ، وسنبحث في كل منذلك على حدة •

١ ـ السن

١٧١ ـ تدرج الاهلية وفقا للسن :

مناط أهلية الأداء هو التمييز ، والتمييز يتأثر بالسن • وقد حدد المشرع المصري سن التمييز بسبع سنوات ، فقرر في المادة ٤٥/٢ مدني أن « كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز » • أما في القانون اللبناني

بوجد نص مماثل ، ولذا يكون القاضي في هذا القانون تقدير وجـود التمييز من عدمه في كل حالة على حدة دون التقيد بسن معين ٠

وفاقد التمييز ليست له أهلية أداء ، ولذا لا يستطيع مباشرة أي تصرف من التصرفات القانونية ولو كان نافعا له نفعا محضا كقبول الهبة (م ١/٤٥ و ١١٠ مدني ، و م ١/٢١٦ موجبات وعقود لبناني) ٠

فاذا بلغ الشخص سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد كانت لـه أهلية أداء ناقصة تخوله مباشرة بعض التصرفات ، وعلى هذا نصت المـادة ٤٦ مدني بقولها « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » ٠

والتصرفات التي لناقص الأهلية مباشرتها تناولها المشرع المصري في المادة ١١١ التي تنص على أنه « ١ ـ اذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا ٠ ٢ ـ أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالابطال اذا أجاز القـاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون » ٠

وظاهر من هذا النص أن تصرفات ناقص الاهلية النافعة له نفعـا محضا كقبول الهبة تقع صحيحة ، أما التصرفات الضارة به ضررا محضـا كالتبرع الصادر منه فتقع باطلة ، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والاجارة فتكون قابلة للابطال ٠

وتتفق أحكام القانون اللبناني في شأن تصرفات الصبي المميز مـع

أحكام القانون المصري ، غير أنه بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، وهي قابلة للابطال دائما في القانون المصري ، فان القانون اللبناني يفرق في شأنها بين فرضين : الأول أن يكون التصرف خاضعا في ابرامه لمعاملة خاصة ، بمعنى أنه اذا كان التصرف لا يستطيع الولي أو الوصي ابرامه الا باذن من المحكمة كبيع العقار ، فان مثل هذا التصرف اذا أجراه القاصر بنفسه يجوز ابطاله ولو لم ينطو على غبن . الثاني أن يكون التصرف غير خاضع في ابرامه لمعاملة خاصة ، بمعنى أنه اذا كان التصرف يستطيع الولي أو الوصي ابرامه دون الرجوع الى المحكمة ، فان هذا التصرف اذا أبرمه القاصر بنفسه لا يجوز ابطاله الا اذا كان منطويا على غبن . ويكفي في هذا الشأن الغبن اليسير (م ٢١٦/٢ و ٣ موجبات) .

١٧٢ ـ الاستثناءات من القاعدة العامة في شأن اهلية الصبي المميز :

رأينا أن القاعدة العامة في شأن أهلية الصبي المميز تقوم على أساس التفرقة بين أنواع ثلاثة من التصرفات : التصرفات النافعة نفعا محضا وهي صحيحة ، والتصرفات الضارة ضررا محضا وهي باطلة بطلانا مطلقا ، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرور وهي قابلة للابطال أي باطلة بطلانا نسبيا .

غير أنه استثناء من هذه القاعدة منح المشرع الصبي المميز أهلية أداء كاملة في حالات معينة بالنسبة لتصرفات كانت ممنوعة عليه ؛ من ذلك .

أولا ـ أن القانون أجاز للقاصر أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه من مال لأغراض نفقته ؛ وقرر صحة التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط (م ٦١ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال في مصر) .

ثانيا ــ أجاز القانون للقاصر ابرام عقد العمل الفردي ، وان أعطي للمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن انها ءالعقد رعاية لمصلحتــه أو مستقبله أو لمصلحة ظاهرة (م ٦٢ من قانون الولاية على المال) ٠ومنحه اذا بلغ السادسة عشرة من عمره أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره بشرط ألا يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) ٠

ثالثا ــ اذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك اذنا له في التصرف في المهر والنفقة ، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الاذن أو في قرار لاحق (م ٦٠ من قانون الولاية على المال) ٠

رابعا ــ أجازت المادة الخامسة من قانون الوصية في مصر ، لمن بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية أن يوصي ، وتكون وصيته جائزة ، متى أذنت المحكمة بذلك ٠ وعلة هذا الاستثناء أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلن تلحق ضررا بمال الصبي حال حياتــه ، وان في اشتراط اذن المحكمة رقابة كافية على سلامة التصرف ٠

خامسا ــ حالة القاصر المأذون : اذا بلغ القاصر ثمانية عشرة سنة في القانون المصري فيجوز أن يؤذن له في تسلم أمواله لادارتها (م ١١٢ مدني) ، ويجوز أن يؤذن له في الاتجار (م ٥٧ من قانون الولاية على المــال) ٠ ويصدر الاذن في الادارة من الولي باشهاد لدى الموثق (م ٥٤ من قانون الولاية على المال) ؛ أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصي (م ٥٥ من قانون الولاية على المال) ٠ ويصدر الاذن في الاتجــار من المحكمــة (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) ٠

أما في القانون اللبناني فالاذن للقاصر المميز غير مقيد ببلوغه سنــا

معينة ، كما أنه غير مقيد بنوع معين من التصرفات ، فيجوز الاذن في ممارسة التجارة أو الصناعة (م ٢١٧ موجبات) ، كما يجوز مدالاذن الى غيرهما (م ٩٦٩وما بعدها من المجلة) . ويكون الاذن في القانـون اللبناني من الأب أو وصيه المختار ، والا فمنالجد الصحيحأ و وصيـه المختار ، والا من القاضي اذا امتنع أي من هؤلاء (م ٩٧٤ و ٩٧٥ مجلة).

ويجوز في القانونين المصري واللبناني الرجوع في الاذن أوسحبه من قبل من أصدره ، اذا تبين سوء تصرف القاصر فيما بعـد (م ٥٤ من قانون الولاية على المال و م ٩٧٣ و ٩٧٧ مجلة) .

١٧٣ ـ سـن الرشـد :

سن الرشد في القانون المصري هي احدى وعشرون سنة ميلاديـة كاملة (م ٤٤/٢ مدني) ؛ وفي القانون اللبناني ثماني عشرة سنة .

واذا بلغ الشخص سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم بحجر عليه . يكون كامل الأهلية لمباشرة كافة التصرفات القانونيـة (م ٤٤/١) سواء كانت نافعة نفعا محضا أم ضارة ضررا محضا أم دائرة بين النفع والضرر .

وترتفع الولاية أو الوصاية عن الشخص بمجرد بلوغه سن الرشد ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرارها (م ١٨ و ٤٧ من قانون الولاية على المال) .

٢ ـ عوارض الاهليـة

١٧٤ ـ بيـان العـوارض :

قد يعتري الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الاهلية ،

فيؤدي ذلك الى فقد أهليته أو نقصها على حسب الأحوال . وعوارض الأهلية هي الجنون والعته والسفه والغفلة . ويشترك الجنون مع العته في أنهما يعدمان الأهلية ، ويشترك السفه مع الغفلة ، في أنهما يؤديان الى الانتقاص منها فقط ، وذلك في القانون المصري .

١٧٥ ـ الجنون :

الجنون مرض يعتري الشخص يؤدي الى زوال العقل ، وقد يستوعب الجنون كل أوقات المريض به ، وهذا هو الجنون المطبق ، وقد يجن المريض فترة من الزمن ، ويفيق أخرى ، وهذا هو الجنون المتقطع . والأصل بطلان تصرفات المجنون لانعدام التمييز دون حاجة الى صدور قرار بالحجر عليه، الا اذا وقعت هذه التصرفات في فترة افاقة فتعتبر صحيحة بشرط أن يكون بالغا سن الرشد ، وهذا هو الحكم في القانون اللبناني (م ٩٤٤ و ٩٥٧ و ٩٧٩ و ٩٨٠ من المجلة) .

أما في القانون المصري فقد نصت المادة ١١٤ من التقنين المدني على أنه « ١ ـ يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر . ٢ ـ أما اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

فوفقا لهذا النص يفرق بين التصرفات التي يأتيها المجنون بعد تسجيل قرار الحجر ، والتصرفات التي يأتيها قبل تسجيله .

فالتصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر تقع باطلة ، أما التصرفات السابقة على تسجيل قرار الحجر فلا تبطل الا اذا كانت حالة الجنون شائعة وقت صدور التصرف أو كان الطرف الآخر على علم بها ، وعبء اثبات شيوع حالة الجنون وقت التعاقد أو علم المتعاقد الآخر بها على من يدعي

بطلان العقد لانعدام الارادة بسبب الجنون ، ويمكـن في هذه الحالـة الاستعانة بالقرائن كما لو كان التصرف قد صدر من المجنون لزوجه ، اذ يفترض علم الزوجة بمرض زوجها . أما اذا لم يكن الجنون شائعا وقت التعاقد أو لم يثبت علم الطرف الآخر به ، فلا يبطل تصرف المجنون الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، والقصد من ذلك هورغبة المشرع في ضمـان استقرار المعاملات .

١٧٦ ـ العتـه :

المعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ، الا أنه لا يضرب ولا يشتم . وقد ألحقه المشرع المصري في الحكـم بالمجنون (م ١١٤ مدني) ، فجعل تصرفاته اللاحقة لتسجيل قرار الحجر باطلـة ، أما تصرفاته السابقة على تسجيـل قرار الحجر فصحيحـة الا اذا ثبت أن حالة العته كانت شائعة وقت التعاقد أو أن المتعاقد الآخر كان على علم بها .

أما في القانون اللبناني فلا يعتبر العته معدما للتمييز ، ولذا يأخـذ المعتوه حكم الصبي المميز (م ٩٧٨ مجلة) ، دون حاجة الى صـدور قرار بالحجر عليه (م ٩٥٧ مجلة) .

١٧٧ ـ السفـه والغفلـة :

السفيه هو المغلوب بهواه فيعمل بخلاف موجب العقل والشرع مـع قيام العقل حقيقة . وذو الغفلة هو من لا يهتدي الى التصرفات الرابحـة فيغبن لسلامة قلبه .

والقانون المصري يعتبر الغفلة عارضا مستقلا عن السفه ، أمـا

القانون اللبناني فيعتبر الغفلة نوعا من السفه (م ٩٤٦ مجلة) [1] ، وعلى كل حال فالحكم واحد بالنسبة الى هذين العارضين سواء في القانون المصري أم في القانون اللبناني .

ويفرق القانون المصري فيما يتعلق بالتصرفات الصادرة من ذي الغفلة والسفيه بين التصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر عليه ، وبين التصرفات السابقة على تسجيل هذا القرار .

فبالنسبة للتصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر تنص المادة١١٥/١ مدني على أنه « اذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام » . ومعنى ذلك أن التصرفات النافعة له نفعا محضا كالاتهاب تقع صحيحة ، أما الضارة به ضررا محضا كالتبرع الصادر منه فتقع صحيحة ، أما ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والاجارة فتكون قابلة للابطال [2] .

---

(١) أما قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية فيعتبر الغفلة عارضا مستقلا عن السفه (م ١١٩ و ١٢٣ و ١٢٤ و ١٢٥) ، وهو يتفق في هذا مع القانون المصري .

(٢) يستثنى من هذه الأحكام ما تقضي به المادة ١/١١٦ مدني من أنه « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا ، متى اذنته المحكمة في ذلك » . ا

وما تقضي به هذه المادة في فقرتها الثانية في شأن اعمال الادارة من أنه « وتكون اعمال الادارة الصادرة من المحجور عليه لسفه ، المأذون له بتسلم امواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » وحكم هذه الفقرة وان تكلم عن السفيه فقط الا أنه ينصرف كذلك الى ذي الغفلة، وهو ما نصت عليه المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال بقولها : « يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة ، باذن من المحكمة أن يتسلم امواله كلها أو بعضها لادارتها ، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون » .

أما التصرفات السابقة على تسجيل قرار الحجر فقد تناولتها المـادة ١١٥/٢ مدني بقولها « أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فـلا يكون باطلا أو قابلا للابطال ، الااذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » . ومعنى هذا النص أن الأصل في تصرفات السفيه وذي الغفلة الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون صحيحة ، الا اذا كانت نتيجة الاستغـلال أو التواطؤ ، ذلك أن السفيه أو ذي الغفلة كثيرا ما يلجأ ـ اذا ما توقع الحجر عليه ـ الى تبديد أمواله بالتواطؤ مع الغير ، أو يغتنم الغير فرصة ما يعانيه من نقص بسبب السفه أو الغفلة ، فيستغل هذا النقص بابتزاز أمواله ، فرد المشرع هذا القصد بتقرير بطلان تصرفاته في هذه الحالـة اذا كانت منقبيل التبرعات ، أو بامكان ابطالها اذا كانت من المعاوضات.

وفي القانون اللبناني تأخذ تصرفات السفيه أو ذي الغفلة حكـم تصرفات الصبي المميز اذا صدرت بعد اعلان قرار الحجر (م ٩٦١ و ٩٦٢ و ٩٩٠ من المجلة) . أما قبل اعلان قرار الحجر فالأصل أن تعتبر صحيحة، الا أنه وفقا للمبادىء العامة من أن الغش يفسد كل تصرف ،فيمكناعتبارها باطلة أو قابلة للابطال اذا صاحبها استغلال أو تواطؤ ، بالرغم من خلو القانون اللبناني مننص خاص في هذاالشأن .

٣ ـ موانـع الأهليـة

١٧٨ ـ بيـان الموانـع :

قد يوجد الشخص بالرغم من اكتمال أهليتـه في ظروف تمنعـه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده ، ولذا يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر يتولى عنه ابرام هذه التصرفات أو يساعده في ابرامها. وهذه الموانع هي : الغيبة وهي مانع مادي ، والحكم بعقوبة جناية وهي مانع قانوني ، والعاهة وهي مانع طبيعي .

١٧٩ ـ الغيبة :

الغيبة مانع مادي يحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه رغم اكتمال اهليته • وينصرف اصطلاح الغائب في القانون المصري الى : ١ ـ المفقود وهو من لاتعرف حياته من مماته • ٢ ـ من لايعرف له موطن أو محل اقامة رغم التيقن من حياته • ٣ ـ من له موطن أو محل اقامة خارج مصر ويستحيل عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو يشرف على من ينيبه في ادارتها (م ٧٤ من قانون الولاية على المال) •

واذا انقضت سنة أو أكثر على غياب الشخص وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أقامت المحكمة وكيلا عنه يتولى شؤونه (م ٧٤) • واذا كان الغائب قد ترك وكيلا عاما فتحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي والا عينت غيره (م ٧٥ من قانون الولاية على المال) •

وفي القانون اللبناني لم تتعرض النصوص القائمة في هذا الشأن [١] الا لحالة الغائب المفقود ، فاذا كان قد ترك وكيلا من قبل الفقد فتستمر وكالته الا اذا استبانت خيانته أو تقصيره ، واذا لم يترك وكيلا ، فتعين المحكمة عنه وكيلا •

ويذهب الشراح الى تطبيق نفس هذه الأحكام الى حالة الغيبة غير المصحوبة بالفقد ، رعاية لصالح الغائب [٢] •

---

(١) راجع المواد ١٢٧ الى ١٣٣ من قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية •

(٢) حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ٢٥٨ ، عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ، بند ٢٢١ •

١٨٠ ــ الحكم بعقوبة جنايـة :

المحكوم عليه بعقوبة جناية هو في الأصل شخص كامل الأهلية ، الا أن الضرورة تقضي بتعيين نائب له يرعى مصالحه . ولـذا نص المشرع المصري في قانون العقوبات (م ٢٥) على أن المحكوم عليه بعقوبة جناية يكون محجورا عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويعين له قيما يختاره المحكوم عليه وتقره المحكمة فان لم يفعل عينته المحكمة ، بناء على طلب النيابة العامة أو ذي مصلحة في هذا الشأن .

ويتولى القيم أعمال الادارة ، أما أعمال التصرف فلا بد فيها من اذن من المحكمة . وترد أموال المحكوم عليه اليه بعد انقضاء مدة العقوبة أو الافراج عنه ،ويقدم له القيم حسابا عن ادارته .

وفي القانون اللبناني تقضي المادة ٥٠ من قانون العقوبات بأن كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو الاعتقال ، يحـرم من ادارة أموالـه أو التصرف فيها ، ولا يسلم اليه أي مبلغ من دخله فيما عدا المبالغ التـي تجيزها الشريعة أو أنظمة السجون . ويتولى أعمال الادارة والتصرف عنه وصي يعين وفقا لقانون الأحوال الشخصية .

١٨١ ــ العـاهـة :

تعتبر العاهة بشروط معينة مانعا من موانع الأهلية في القانون المصري، فقد يكون الشخص كامل الأهلية ، ولكنه يكون عاجزا عن التعبير عن ارادته لعلل جسمانية ، فتعين له المحكمة مساعدا قضائيا : ١ ـــ اذا اجتمعت فيه عاهتان من عاهات ثلاث وهي العمى والبكم والصمم . ٢ ـــ أو اذا كان يخشى من انفراده بالتصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد كالشلل

النصفي مثلا (م ١١٧ مدني و م ٧٠ من قانون الولاية على المـــال) واذا تصرف الشخص بعد تسجيل قرار المساعدة كان تصرفه قابلاللابطال [1] .

الفـــرع الثانـــي

الشخص المعنـــوي او الاعتبـــاري

١٨٢ ـــ الحاجـــة الى الشخصية المعنوية :

رأينا أن الشخصية تثبت للانسان من وقت ولادته ، فالانسان هو الشخص في نظر القانون ، غير أنه ليس بالشخص الوحيد ، بل يوجد بجانبه ما يسمى بالشخص المعنوي أو الشخص الاعتباري (La personne morale)

ذلك أن الانسان أي الشخص الطبيعي عاجز لضعف قواه ، وقلـــة موارده ، وقصر عمره ، عن تحقيق الأغراض الاجتماعية الكبرى التي تتطلب مجهودا كبيرا ، ومالا وفيرا ، ووقتا طويلا ، بل هو مضطر الى ضم نشاطه الى نشاط غيره ليكون من مجموعها قوة لا يجري اليها الفنـــاء بسرعة ، تستطيع الاضطلاع بأعباء ثقال من الناحية الاجتماعيـــة أو الاقتصادية . فالحاجة هي التي دفعت الانسان الى اسناد جهوده الى جهود غيره وانشاء جماعات

---

(١) لا يعتبر المساعد القضائي نائبا عمن تقررت مساعدته الا في حالـــة واحدة ، وهي الحالة التي ذكرتها الفقرة الأخيرة من المادة ٧١ مـــن قانـــون الولاية على المال من أنه « اذا كان عدم قيام الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض امواله للخطـــر ، جـــاز للمساعد رفـــع الامر للمحكمة ، ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد باجراء هذا التصرف »، اذ في هذه الحالة فقط ينعقد التصرف بارادة المساعد القضائي الذي يعتبـــر في حكم القيم ، اما في غير ذلك من الحالات فينعقـــد التصرف بارادة صاحـــب الشأن ويقتصر دور المساعد القضائي على ترجمة هذه الارادة .

ومن له أغراضه العلمية أوالرياضية أو الفنية أوالاقتصادية والماليـــة ، هذه الجماعات قائمة وعلى المشرع أن ينظمها ، أو يعترف بوجودها ؛ وهو ما فعله المشرع المصري في المواد ٥٢ الى ٨٠ من التقنين المدني (١) .

١٨٣ ـ التعريف بالشخص المعنوي :

الشخص المعنوي أو الاعتباري هو كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال . تقوم لتحقيق غرض معين ،و يمنحها القانون الشخصية لتحقيق ذلك .

والشخص المعنوي كما هو ظاهر من هذا التعريف اما أن يكــون مجموعة أشخاص كالدولة والجمعية والشركـــة ، واما مجموعـــة أموال كالمؤسسات . والمؤسسة هي رصدمال بغية تحقيق ورعاية غرض معين ، كرصد مال لانشاء مستشفى أو مدرسة مثلا ؛ أي أن العبرة في المؤسسة بالغرض والمال المحبوس على تحقيقه .

١٨٤ ـ تقسيـــم :

سنتناول في دراستنا للشخص المعنوي الكلام في : ١ ـــ مـــدى

---

(١) بجانب احكام التقنين المدني ، توجد في مصر تشريعـــات خاصـــة تناولت بالتنظيم بعض انواع الشخص المعنوي ، كالقانون رقـــم ٣٢ لسنـــة ١٩٦٤ الخاص بالجمعيات والمؤسسات الخاصة .

اما في القانون اللبناني فلا توجد نظرية عامة للشخص الاعتباري كما في القانون المصري ، ولكن توجد بعض القوانين المتعلقـــة ببعض انـــواع الشخص الاعتباري ، من ذلك قانون الجمعيةالعثماني في ٢٩ رجب ١٣٢٧ و٣ اغسطس سنة ١٩٠٩ ، وقانون الجمعيات التعاونية الزراعية في ١٨ آب سنة ١٩٦٤ ، هذا بجانب التنظيم القانوني للشركات .

الشخصية المعنوية • ٢ ـ ابتداء وانتهاء الشخصية المعنوية • ٣ ـ أنواع الشخص المعنوي • ٤ مظاهر الشخصية المعنوية •

المبحث الأول

مدى الشخصية المعنوية

١٨٥ ـ اهلية وجوب الشخص المعنوي :

اذا كان الشخص الاعتباري يتساوى مع الشخص الطبيعي في مبدأ الشخصية أي في مبدأ الصلاحية لاكتساب الحق وتحمل الواجب ، الا أنه نظرا لاختلاف طبيعة كل منهما فان مدى أهلية الوجوب المقررة للشخص الاعتباري أضيق نطاقا من أهلية الوجوب المقررة للشخص الطبيعي،ويرجع ذلك الى عاملين هما : طبيعة تكوين الشخص الاعتباري من ناحية ، وخضوع الشخص الاعتباري لمبدأ التخصص من ناحية أخرى •

فأما عن طبيعة تكوين الشخص المعنوي، فانه باعتباره مجموعة من الاشخاص أو الأموال ، لا يتصور أن تثبت له الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الطبيعية ، وهو ما قررته المادة ٥٣ مدني بقولها « الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية ، وذلك في الحدود التي قررها القانون » •

وعلى هذا النحو لا يتصور أن تثبت له حقوق الأسرة وما يتفرع عنها ولو كان ذلك حقا ماليا كحق الارث • كما لا تثبت له الحقوق والواجبات التي تستند الى الكيان الجسدي ، كالحق في سلامة الجسم أو في أداء الخدمة العسكرية • أما الحقوق المتصلة بالكيان الأدبي فان طبيعته لا تستعصي عليها ، لأن له الحق في الاسم وفي السمعة -

أما الحقوق السياسية ، وقوامها الحق في المشاركة في الحكم ، فيرى البعض قصرها على الانسان الطبيعي لأنها حقـوق ملازمـة للصفة الانسانية. ولكن الرأي الغالب يذهب الى أنه ليس في طبيعة هذه الحقوق ما يحتم قصرها على الانسان ، بل انه من المتصور أن تتم المشاركة في الحكم من جانب بعض انواع الشخص المعنوي [1] .

وأما عن مبدأ التخصص ، فانه اذا كان الشخص الطبيعي يستطيـع أن يوجه نشاطه أية وجه يريد ما دام لا يخرج عن النظام العام والآداب ، وتثبت له بالتالي الصلاحية لكسب الحقوق وتحمل الواجبات عامة دون تحديد . فان الشخص المعنوي يخضع لمبدأ التخصص لأنه ما قام الا لتحقيق غرض معين ، ولذا لا يكون صالحا لاكتساب الحقوق وتحمـل الواجبات الا بالقدر اللازمة لتحقيق هذا الغرض .

وتخصص الشخص المعنوي يتحدد بما يبينه سند انشائه ، أو بما يقرره القانون . وقد نصت على ذلك المادة ٥٣/٢ب مدني بقولها أن للشخص الاعتباري « أهلية في الحدود التي يعينها سند انشائه ، أو التي يقررهـا القانون » .

فالجمعية تتخصص قانونا بعدم السعي للحصول على ربح مادي ، ثم تتخصص في سند انشائها بغرض اكثر تحديدا كاحياء تراث وطني ما .

وطبيعي أن يكون للشخص المعنوي حق التقاضي لحماية هذا الغرض (م ٥٣/٢ جـ مدني) .

---

(١) راجع حسن كيرة ، المرجع السابق ، بنـد ٢٦٥ ، عبـد المنعـم الصده ، المرجع السابق ، بند ٢٣١ .

المبحث الثاني

ابتداء وانتهاء الشخصية المعنوية

١٨٦ ــ بدء الشخصية المعنوية :

يتوقف اكتساب الشخصية المعنوية على اعتراف الشارع بها . وبديهي أنه يسبق هذا الاعتراف أن يتم تكوين الشخص المعنوي وفقا للشروط التي يتطلبها القانون .

والاعتراف بالشخص المعنوي قد يكون اعترافا عاما وقد يكون اعترافا خاصا .

والأصل في القانون المصري ــ وكذلك في القانون اللبناني ــ [1] هو الاعتراف العام ، ويتحقق هذا الاعتراف العام بأن يضع المشرع مسبقا شروطا عامة اذا تحققت في جماعة من الاشخاص أو مجموعة من الاموال اكتسبت هذه الجماعة أو هذه المجموعة الشخصية الاعتبارية بقوة القانون دون حاجة الى اذن خاص بذلك . وهذا ما قررته المادة ٠ من التقنين المدني بالنسبة للجمعيات ، والشركات التجارية والمدنية ، والأوقاف والمؤسسات ... الخ.

أما الاعتراف الخاص ــ وهو الاستثناء في القانونين المصري واللبناني ــ فيتطلب لاكتساب الشخصية المعنوية صدور اذن خاص

---

(١) راجع المادة ٢ من قانون الجمعيات العثماني ، والمادة ٧ من قانون الجمعيات التعاونية . وانظر تعداد الأشخاص الاعتبارية في قانون تصرف الأشخاص المعنويين بالأموال غير المنقولة الصادر بتاريخ ٢٢ ربيع الأول سنة ١٣٣١ هـ .

بذلك ، بالنسبة الى كل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الاموال على حدة : اذا كانت هذه الجماعة أو هذه المجموعة لا تدخل تحت صورة من الصور التي ذكرها القانون ، وهذا هو ما عنته المادة ٦/٥٢ مدني بقولها « كل مجموعة من الاشخاص أو الاموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون » • ومن الأمثلة على ذلك الاعتراف للجنة العليا للاصلاح الزراعي في مصر بالشخصية المعنوية في قانون خاص •

١٨٧ ـ انتهاء الشخصية المعنوية :

تنتهي الشخصية المعنوية بأسباب مختلفة : فقدتنتهي بانقضاء الأجل المحدد للشخص الاعتباري في سند انشائه ، وقد تنتهي بتحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله ، أو اذا أصبح تحقيق هذا الغرض مستحيلا ، وقد تنتهي بموت كل من الأفراد أعضاء الشخص الاعتباري اذا كان جماعة من الأشخاص أو بانقراض كل المنتفعين بالغرض منه اذا كان مجموعة من الأموال ، وقد تنتهي اذا نزل عدد أعضائه عن الحد الأدنى الواجب توافره [١] •

وقد ينقضي الشخص المعنوي انقضاء اختياريا ، اذا كان جماعة من الأشخاص ، وأتفق جميع الاعضاء على حله ، أو قررت ذلك الاغلبية التي يتطلبها القانون لحله •

---

(١) لا يجوز في القانون المصري ان يقل عدد الشركاء في شركات المساهمة عن سبعة . ولا يجوز أن يقل عدد اعضاء الجمعية ، اذا كانوا اشخاصا طبيعيين ، عن عشرة (المادة الأولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

لا يجوز في القانون اللبناني أن يقل عدد المؤسسين للشركة المغفلة (المساهمة) عن ثلاثة (م ٧٩ تجاري) ، ولا ان يقل عدد أعضاء الجمعية التعاونية عن عشرة (م ١٠ من قانون الجمعيات التعاونية لسنة ١٩٦٤) .

وأخيرا قد ينقضي الشخص المعنوي انقضاء اجباريا من قبل السلطة التشريعية اذا قررت الغاء طائفة من طوائف الشخص المعنوي بصفة عامة ، أو بالغاء شخص معنوي معين اكتسب شخصيته عن طريقها . وقد يكـون الانقضاء الاجباري بحكم من القضاء اذا خالف الشخص المعنوي القانون أو النظام العام والآداب ، أو بقيام السلطة التنفيذية أو الادارية بسحب الترخيص الذي أكسبه الشخصية في الأحوال التي يعينها القانون [1] .

واذا انقضى الشخص المعنوي وجب تصفية ذمته المالية ، فتسدد ديونه من أمواله ، ويوزع الباقي منها طبقا لما يقرره سند انشائه ، أو طبقا لما يقضي به قرار الحل . وقد تقتضي تصفية ذمته المالية ، الابقاء على شخصيته طوال فترة التصفية وبالقدر اللازم لاتمامها .

المبحث الثالث

انواع الشخص المعنوي

١٨٨ ـ تقسيم الشخص المعنوي الى عام وخاص :

تنقسم الأشخاص المعنوية الى قسمين : أشخاص عامة ، تخضع بالتالي لأحكام القانون العام ، وأشخاص خاصة ، تخضع بالتالي لأحكام القانون الخاص .

ونظرا لقيام الدولة في الوقت الحاضر بنشاطات مشابهة لنشاطات الأفراد ، فان التفرقة بين هذين النوعين من الأشخاص الاعتبارية لم تعد

---

(١) راجع المادة ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة في مصر . وراجع المادتين ١٢ و ١٤ من قانون الجمعيات العثماني ، والمادة ٤٩ من قانون الجمعيات التعاونية لسنة ١٩٦٤ .

ميسورة ، بل هي تدق في كثير من الأحيان • ومن المعايير التي يقترحها الفقهاء للتفرقة بينهما الاعتداد بالغرض من انشاء الشخص المعنوي ، والامتيازات التي يتمتع بها ازاء اعضائه وازاء الغير ، وما اذا كانت الدولة هي التي أنشأته ، وتمتع الادارة بالاشراف عليه • وكل من هذه المعايير يكمل بعضها البعض في التعرف على نوع الشخص الاعتباري •

١٨٩ ـ الأشخاص المعنوية العامة :

في طليعة الأشخاص المعنوية العامة نجد الدولة ، فالدولة شخص معنوي ، بل هي أقدم الأشخاص المعنوية ، وهي تكتسب شخصيتها من اعتراف الدول بها •

وبجانب الدولة توجد سلطات محلية هي المحافظات والمدن والقرى (وفي القانون اللبناني توجد البلديات) [1] •

وأخيرا توجد المنشآت أو المؤسسات العامة (الدوائر العمومية اللامركزية في القانون اللبناني) ، وهي تقوم بنشاط عام أو بمرفق عام ، وتتمتع في ادارته بنوع من الاستقلال الذاتي عن الدولة أو الأشخاص العامة المحلية • والى هذا أشارت المادة ٥٢ من التقنين المدني بقولها « الأشخاص الاعتبارية هي : ١ ـ الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية » •

١٩٠ ـ الأشخاص المعنوية الخاصة :

تنقسم الأشخاص المعنوية الخاصة الى قسمين :جماعات الأشخاص، ومجموعات الأموال • .

---

(١) لم يعترف المشرع اللبناني للمحافظات والأقضية بالشخصية المعنوية •

وجماعات الأشخاص تتكون من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ، وهي تشمل الشركات والجمعيات •

والشركة ، عقد بين طائفة من الأشخاص ، بمقتضاه يضع كل من المتعاقدين حصة من المال أو عمل بغية تحقيق ربح مادي واقتسامه ، أي أن الشركة جماعة من الأشخاص تسعى الى غاية مادية • والشركة قد تكون شركة مدنية وقد تكون شركة تجارية •

أما الجمعية فهي جماعة من الأشخاص تقوم لتحقيق غرض معين غير الربح المادي ، فهي تشبه الشركة في أنها تقوم على جماعة من الأشخاص ، ولكن تختلف عنها في أنها لاتسعى الى كسب مادي بل الى غرض خيري أو رياضي أو ديني ••• الخ •

أما مجموعات الأموال فهي حبس مال ذي ريع على تحقيق ورعاية غرض معين ، ومثالها الوقف وهو نظام مستمد من الشريعة الاسلامية ، والمؤسسات الخاصة •

والمؤسسة الخاصة هي تخصيص مال لمدة غير معينة ، لعمل ذي صفة انسانية أو دينية أو علمية أو رياضية أو فنية أو لأي عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون قصد الى ربح مادي (م ٦٩ من القانون المصري رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة) •

المبحث الرابع

مظاهر الشخصية المعنوية

١٩١ ـ بيان هذه المظاهر :

يتميز الشخص المعنوي بمميزات الشخص الطبيعي من حيث الاسم

والموطن والحالة ، كما يتميز بوجود ذمة مالية خاصة به مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين له .

١٩٢ ـ الاسم :

للشخص الاعتباري كالشخص الطبيعي اسم يعرف به ، ويميزه عن غيره من الأشخاص ، ويجب أن ينص على هذا الاسم في سند انشائه ، وهو يستمد عادة من الغرض الذي يسعى اليه (١) .

وقد يكون اسم الشخص الاعتباري اسما تجاريا . وفي هذه الحالة يجوز له التصرف فيه باعتبار أحد عناصر المحل التجاري .

ولا يجوز الاعتداء على اسم الشخص المعنوي ، وان وقع مثل هذا الاعتداء . كان له الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه .

١٩٣ ـ الموطن :

للشخص المعنوي موطن خاص به مستقل عن موطن أعضائه أو منشئيه . ويتحدد موطنه بالمكان الذي يوجد فيه مركز ادارته (م ٢/٥٣ مدني) ، ويتحدد مركز ادارة الشخص المعنوي عادة في نظامه الأساسي .

واذا كان للشخص المعنوي فروع متعددة في أماكن مختلفة ، فيعتبر المكان الذي يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطنا خاصا بالأعمال المتعلقة بهذا الفرع (٢) .

---

(١) راجع المادتين ٣ و ٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر في مصر في سنة ١٩٦٤ ، والمادة ١/٦ من قانون الجمعيات العثماني .

(٢) تنص المادة ٥٢ من قانون المرافعات المصري على انه « يجوز رفع الدعوى الى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع » .

وتقضي المادة ٩٢ من اصول المحاكمات المدنية اللبناني بأن « الأشخاص المعنويين الذين لهم عدة فروع يحسبون كأن لهم مقاما مختارا في كل فرع منها فيما يختص بالعمليات التي اجرتها تلك الفروع مع شخص ثالث » .

١٩٤ ـ الحالة :

طبيعي أن الشخص الاعتباري لا ينتسب الى أسرة معينة ولا الى دين معين ، وهو في هذا يفترق عن الشخص الطبيعي .

ولكن الشخص المعنوي ينتسب الى دولة معينة أي يتمتع بجنسية دولة معينة ، وهذه الجنسية مستقلة عن جنسية أعضائه . فمثلا الجمعيات والمؤسسات الخاصة تعتبر مصرية اذا أنشأت طبقا للقانون واتخذت مركزها في مصر .

١٩٥ ـ الذمة :

للشخص الاعتباري ذمة خاصة به ، مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له . وينبني على ذلك أنه لا يجوز لدائني هؤلاء الأشخاص الرجوع بديونهم على الشخص الاعتباري ، كما أنه ليس لدائني الشخص الاعتباري الرجوع على الأموال الخاصة لهؤلاء الأشخاص .

الفصل الثاني

محل الحق

١٦٩ ـ تمهيد :

الحق في نطاق المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية ، يقرها القانون للشخص . ويتعين علينا في كلامنا في الحق أن نفرق بين مضمون الحق ومحل الحق : منعا للخلط بينهما .

فمضمون الحق هو السلطات التي يخولها الحق لصاحبه ، في حين أن محل الحق هو ما يرد عليه الحق ـ بهذا المضمون ـ سواء كان شيئا أو عملا .

فالحق العيني يرد على شيء مادي ، لأنه سلطة لشخص معين على شيء معين كالملكية . والحق الذهني يرد على شيء غيرمادي ، هو الخلق أو النتاج الذهني لصاحبه .

والحق الشخصي يرد على عمل ايجابي أو سلبي ، لأن هذا الحق ـ كما سبق أن ذكرنا ـ رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل.

وعلى هذا النحو سنتكلم في محل الحق ؛ أولا في الأعمال . ثانيا في الأشياء .

الفـرع الأول

الأعمـــال

١٩٧ ــ شروط العمل بوصفه محلا للحق :

رأينا أن محل الحق الشخصي هو القيام بعمل ، سواء كان عملا ايجابيا أم عملا سلبيا ، وهذا العمل يجب أن تتوافر فيه شروط معينة هي : أولا ــ الامكان . ثانيا ــ التعيين . ثالثا ــ المشروعية [١] .

١٩٨ ــ شرط الامكـان :

يجب أن يكون العمل محل الحق ممكنا . والامكان تقابله الاستحالة ؛ فاذا كان المحل مستحيلا في ذاته فلا يقوم الالتزام ، لأن القاعدة :لا التزام بمستحيل . والمقصود بالاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة أي الموضوعية لا الاستحالة النسبية أي الشخصية .

والاستحالة تكون مطلقة اذا كان المحل مستحيلا في ذاته ، كالتعهـد برفع استئناف عن حكم بعد فوات الميعاد . وهي تكون نسبية اذا كان المحل مستحيلا على بعض الأشخاص دون البعض الآخر ، كتعهد شخص برسم صورة زيتية وهو يجهل هذا الفن .

واذا كان المحل اعطاء شيء أي نقل حق عيني على شيء وجب أن يكون

---

(١) راجع المواد ١٣١ــ١٣٥ مدني ؛ والمواد ١٨٨ وما بعدها موجبات.

هذا الشيء موجودا أو محتمل الوجود وفقا لقصد المتعاقدين، لأن المتعاقدين قد يقصدا التعامل في شيء موجود فعلا وقت التعاقد، وقد يقصدا التعامل في شيء محتمل الوجود ؛ كتعهد صاحب مصنع ببيع منتجات مصنعه في فترة مستقبله .

١٩٩ ــ شرط التعيين :

اذا كان محل الحق هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، وجب أن يكون هذا العمل معينا أو قابلا للتعيين وفق ظروف العقد . فاذا تعهد مقاول ببناء منزل وجب تحديد هذا البناء وذكر مواصفاته ، أو على الأقل ن يكون تحديد البناء ممكنا بالنظر الى ملابسات العقد ، كما لو كان سيشيد في المدينة أو القرية ، للسكنى أو الاستغلال ... الخ .

واذا كان المحل اعطاء شيء ، وجب أن يكون هذا الشيء معينا أو قابلا للتعيين ، وكيفية تعيين الشيء تختلف باختلاف ما اذا كان من القيميات أو من المثليات .

فاذا كان من القيميات وجب تعيينه تعيينا يميزه عن غيره ، فالأرض مثلا تعين بموقعها وحدودها ومساحتها ، والجواد بجنسه وسنه ولونه ومميزاته ... الخ .

واذا كان من المثليات فيعين بجنسه ونوعه ومقداره ، كأن أبيعك مائة قنطار من القطن الأشموني .

٢٠٠ ــ شرط المشروعية :

يجب أن يكون المحل مشروعا أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب. ومن الأمثلة على العمل غير المشروع : الالتزام بارتكاب جريمة معينة ، أو

مدفع مبلغ من المال مقابل قيام علاقة جنسية غيرمشروعة ، أو بيع كميـة من المخدرات .

الفـرع الثانـي

الأشيـــاء

٢٠١ ـ التمييز بين الأموال والأشياء :

يجب أن نفرق بين الأموال والأشياء . فالمال هو الحق ذو القيمـة المالية أيا كان هذا الحق ، أي سواء أكان حقا عينيا أم حقا شخصيا أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية الخ . أما الشيء فهو محل ذلك الحق .

وستتناول في بحثنا للأشياء ، الكلام : أولا في الأشياء التي تصلح محلا للحق أي الأشياء القابلة للتعامل فيها ، وثانيا في تقسيمات الأشياء .

المبحـث الأول

الأشيـــاء القابلـة للتعامـل فيهـا

٢٠٢ ـ الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها :

تناولت المادة ٨١ مدني الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها فنصت على أن « ١ ــ كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية . ٢ ــ والأشياء التي تخرج عن التعامـل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجـة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية ».

وظاهر من هذا النص أن الشيء يخرج عن التعامل بحسب طبيعته أو بحكم القانون .

٢٠٣ ـ الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها :

الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي ينتفع بها جميع الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر ، كأشعة الشمس والهواء والبحار ، ولذلك عرفها المشرع المصري بأنها الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها .

والأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها هي في الواقع أشياء مستحيلة ، فاذا زالت هذه الاستحالة أمكن التعامل فيها ، وهو ما يقع بالنسبة للهواء أو الماء بعد حصره واحرازه .

ويجب أن نفرق بين الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها والأشياء المباحة ، لأن الأولى لا تقبل التملك ، على حين أن الثانية تقبل التملك وان كان لا مالك لها ، ومثالها الطير في الهواء والسمك في البحر .

٢٠٤ ـ الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون :

بعض الأشياء تقبل التعامل فيها بطبيعتها ، ولكن لما كان هذا التعامل يعطل الغرض الذي خصصت له أخرجها القانون من نطاق الأشياء الجائز التعامل فيها ، ومثالها الأموال العامة ، فهذه الأموال المخصصة لمنفعة عامة ، ولذا لا يجوز التعامل فيها . غير أن عدم القابلية للتعامل بالنسبة لها لا تتناول سائر التصرفات ، ذلك انه اذا كان من غير الجائز بيع أو رهن المال العام لأن ذلك يخرج به عن الغرض المخصص له ، الا أنه من الجائز تأجيره ، وهو ما يحصل بالنسبة لشغل جزء من الطريق العام مثلا .

كذلك قد يقرر المشرع في نصوص خاصة عدم جواز التعامل في بعض

الأشياء كالمخدرات ، وأوراق النقد المزيفة ، والأشربة والمأكولات المغشوشة ، والرقيق ... وجميع هذه النصوص قد جاءت تطبيقا لفكرة عامة هي حماية النظام العام والآداب (م ١٣٥ مدني و ١٩٢ موجبات) .

المبحث الثاني
تقسيمات الأشياء

٢٠٥ ـ الأشياء المادية :

تناول التقنين المدني المصري تقسيم الأشياء المادية ، فذكر منها تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات ، وتقسيمها الى قابلة وغير قابلة للاستهلاك ، وتقسيمها الى أشياء مثلية وأشياء قيمية .

وبجانب الأشياء المادية توجد الأشياء غير المادية أي المعنوية ؛ وقد سبق أن درسنا الحق المعنوي .

المطلب الأول
العقارات والمنقولات

٢٠٦ ـ أساس التفرقة بين العقار والمنقول :

العقار هو كل شيء مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف ، وينطبق هذا التعريف على كل شيء حائز لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقه بصنع صانع . ولا يعتبر الشيء ذو مستقر ثابت الا اذا كان لا يمكن نقله دون تلف ، وهو ما نصت عليه المادة ١/٨٢ مدني بقولها « كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار » ، وما أشارت اليه المادة الثانية من قانون الملكية العقارية اللبناني بقولها « العقارات بطبيعتها هي الأشياء التي يكون لها ، بالنظر الى جوهرها ، موقع ثابت غير منتقل » .

أما المنقول فلم يعرفه المشرع المصري ، بل اكتفى بعد تعريف العقار بالقول « وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » .

وهذا التقسيم المبنى على طبيعة الأشياءلم يأخذ به المشرع دائمـا ، بل اعتبر بعض العقارات بطبيعتها كالمحصولات قبل نضوجها منقولات ، كما اعتبر بعض المنقولات كالماشية المملوكة لصاحب الأرض والمخصصة لخدمتها عقارات وسماها عقارات بالتخصيص .

٢٠٧ ــ اهمية تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات :

لتقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات أهميـة عملية لأن بعض الأحكام القانونية تختلف باختلاف ما اذا كان الشيء عقارا أم منقـولا ، وهذا الاختلاف وان كان طبيعيا في بعض الحالات الا انه تحكيما فيحالات أخرى ، تأثر فيها المشرع بالفكرة القديمة التي كانت تعتبر العقارات عماد الثروة ، وأنالمنقولات أشياء تافهة ، وهو ما لا يتفـق مع الأوضـاع الاقتصادية الآن .

ومن الأمثلة على اختلاف الأحكام باختلاف طبيعة الشيء ما يأتي :

١ ــ أن الملكية لا تنتقل بالنسبة للعقارات الا اذا أشهر العقد بأن سجل ، أما المنقولات وليس لها مقر ثابت ، فلا داعي لشهر التصرف المتعلق بها لكي تنتقل الملكية .

٢ ــ أن حيازة العقار متميزة عن ملكيته ، اذ ليس من الضروري أن أكون مالكا للدار لمجرد أني أسكنها ، أما بالنسبـة الى المنقول فالحيـازة مرتبطة بالملكية ، ولذا كانت القاعدة المعروفة وهي « الحيازة في المنقـول سند الملكية » (راجع المادة ١/٩٧٦ مدني والمادة ٣٠٧ أصول محاكمـات لبناني) .

٣ ـ اذا ثار نزاع متعلق بعقار فيكون نظر هذا النزاع من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار ، أما المنقول وليس له مكان ثابت ، فتختص بنظر النزاع المتعلق به المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ و ٥٠ مرافعات مصري و م ٨٩ و ٩٠ و ٩١ أصول محاكمات لبناني).

٤ ـ أن بعض الحقوق لا ترد الا على العقار كالرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الارتفاق والتأمين في القانون اللبناني .

هذه بعض الفروق في الأحكام المترتبة على تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات [1] ، وسنبحث الآن في كل من هذين القسمين .

١ ـ العقارات

٢٠٨ ـ الأصل والاستثناء :

رأينا أن العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف ؛ وهذا هو العقار بالطبيعة ، غير أنه استثناء من هذا الأصل تعتبر بعض المنقولات المخصصة لخدمة العقار بالطبيعة ، عقارا ، وهذا هو العقار بالتخصيص .

٢٠٩ ـ العقار بالطبيعة :

وفقا لتعريف العقار بأنه كل شيء مستقر ثابت لا يمكن نقله دون تلف يعتبر عقارا بالطبيعة (Immeuble par nature) ما يأتي :

١ ـ الأرض : فهي عقار ثابت بطبيعته حائز لصفة الاستقرار من أصل

---

(١) هناك فروق اخرى بين الأحكام المتعلقة بالعقارات وتلك المتعلقة بالمنقولات ، من ذلك الاحكام الخاصة بالتنفيذ على اموال المدين ، والأحكام الخاصة بدعوى تكملة الثمن للغبن ، والاحكام الخاصة بقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص ... الخ .

خلقته . والأرض تشمل كل ما تحت سطحها وما في جوفها من مناجم ومحاجر : فهذه جميعا تعتبر عقارات بالطبيعة . وبديهي أنه اذا كان المنجم أو المحجر يعتبر عقارا ، الا أن ما يستخرج منه من معادن أو أحجار فيعتبر من المنقولات بمجرد فصلها عنه .

٢ ــ الأبنية : تعتبر الأبنية باتصالها بالارض عقارا ، وهي حائزة لصفة الاستقرار بصنع صانع . ولفظ الأبنية ينصرف الى دور السكنى والمخازن والمعامل ... الخ ، كما ينصرف الى أي منشأة فنية كالقناطر والخزانات والجسور والأنفاق . ولفظ بناء ينصرف الى جميع أجزائه التي لا يتم الا بها كالأبواب والشبابيك والمصاعد .

٣ ــ النباتات: تعتبر الاشجار والنباتات عقارات بالطبيعة اذا اتصلت بالأرض اتصالا مباشرا ، أي امتدت جذورها في الأرض ، وعلى ذلك تعتبر منقولات النباتات التي تنمو في الأوعية والقصارى ، ولو دفنت الأوعية في الارض .

٢١٠ ــ العقار بالتخصيص :

تنص المادة ٢/٨٢ مدني على أنه «ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » . وتقضي المادة ٣/١ من قانون الملكية العقارية اللبناني أن « العقارات بتخصيصها هي أشياء قد تعتبر بذاتها منقولات ، انما هي من متممات عقار بطبيعته ، شرط : ١ ــ أن تكون والعقار بطبيعته لمالك واحد . ٢ ــ أن تكون مخصصة لاستثمار العقار أو بوجه عام لخدمة العقار التي تكون هذه الأشياء من متمماته » .

ظاهر من هاتين المادتين أنه يتعين لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص (immeuble par destination) توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يوضع منقول بطبيعته في عقار بطبيعته سواء كان هذا العقار أرضا أو بناء .

الشرط الثاني :

أن يوضع المنقول في العقار بمعرفة مالك العقار نفسه أو من ينوب عنه كالوكيل مثلا ، وعلى ذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات التي يضعها مستأجر الأرض لاستغلالها .

الشرط الثالث :

أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد ، وعلى ذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المسلمة لمالك العقار على سبيل عارية الاستعمال مثلا . والحكمة من ذلك كما سنرى أن الغرض من فكرة التخصيص هي اخضاع المنقول لأحكام العقار تأمينا لاستغلاله .

الشرط الرابع :

أن يخصص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله لا لخدمة صاحب العقار . فالسيارة المخصصة لنقل منتجات المصنع تعتبر عقارا بالتخصيص ، أما سيارة صاحب المصنع فتعتبر منقولا ؛ لأنها ليست مخصصة لخدمة المصنع أو استغلاله .

ومن قبيل العقارات بالتخصيص في مجال الاستغلال الزراعي ، الماشية المخصصة لخدمة الأرض ؛ أما المعدة لركوب المالك فلا تعتبر عقارا بالتخصيص .

ومن قبيل العقارات بالتخصيص في مجال الاستغلال الصناعي آلات المصانع سواء كانت تدار بالقوى المحركة أو باليد .

وفي مجال الاستغلال التجاري ، مفروشات الفنادق وأدوات المطاعم، ومهمات المسارح من ستائر ومناظر ومقاعد .

كذلك تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات الموضوعة في أماكن العبادة ، وتلك الموضوعة في المدارس والمستشفيات كالأسرة والعقاقير والأدوية والمكاتب ... الخ .

٢١١ ـ علة اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص :

الحكمة من وضع المنقول في العقار هو خدمة العقار واستغلاله ، ولضمان ذلك افترض المشرع أن المنقول عقار ، وأطلق عليه اسم العقار بالتخصيص حتى يخضع لأحكام العقار من حيث الحجز ، فلا يجوز الحجز عليه حجز منقول مستقلا عن العقار الذي خصص لخدمته أو استغلاله ، كما أن التنفيذ على العقار يشمله ولو لم يذكر ذلك في تنبيه نزع الملكية ، كذلك فان التصرف في العقار بالطبيعة يشمل العقار بالتخصيص ، فبيع الأرض الزراعية يشمل السواقي أو ماكينات الري مثلا .

٢ ـ المنقولات

٢١٢ ـ الأصل والاستثناء :

لم يعرف المشرع المنقول كما سبق أن ذكرنا ، بل اكتفى بعد تعريف العقار بالقول أن كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول (م ٨٢/١ مدني) . غير أنه بجانب الأشياء التي تعد منقولات بطبيعتها ، تعتبر بعض العقارات على سبيل الاستثناء منقولات بحسب ما سيصير اليه أمرها ، وتسمى منقولات بحسب المآل .

٢١٣ ـ المنقول بالطبيعة :

المنقول بالطبيعة (meuble par nature) هو كل شيء مادي يمكن

نقله من مكان الى آخر دون تلف ، كالحيوان ، والعربة ، والسفينة . والطائرة ، والبضائع ومواد البناء قبل استعمالها في التشييد .

كذلك يعتبر من قبيل المنقولات جميع الأشياء المعنوية ، لأنه لا يتصور بالنسبة لها الاستقرار والثبات . من ذلك حق المؤلف .

٢١٤ ـ المنقول بحسب المآل :

المنقول بحسب المآل (meuble par anticipation) هو عقار بالطبيعة ، ولكن القانون يعتبره منقولا باعتبار ما سيؤول اليه ، ومن الأمثلة على ذلك المباني المعدة للهدم ، والأشجار المعدة للقطع ، والمحصولات والثمار الزراعية قبل نضجها .

والحكمة من هذا الافتراض القانوني هو أن تسري على هذه الأشياء أحكام المنقول لا أحكام العقار ، فيما يتعلق بالتنفيذ والتصرف ، باعتبار أن مصيرها هو أن تصبح من المنقولات .

ولم يضع المشرع نظرية عامة في شأن المنقول بحسب المآل ، ولكنه في بعض نصوص القانون عامل بعض العقارات معاملة المنقولات باعتبار أنها معدة للانفصال عن أصلها الثابت المستقر . من ذلك أن القانون المصري واللبناني ينصان على اتباع اجراءات حجز المنقول بالنسبة للثمار المتصلة والمزروعات القائمة ، على أن يوقع هذا الحجز خلال الخمسة والأربعين يوما السابقة على نضجها في القانون المصري ، وخلال الستة أسابيع التي تتقدم موعد النضج في القانون اللبناني .

وقد استخلص الفقه والقضاء من النصوص القانونية التي وردت في شأن المنقول بحسب المآل ، نظرية عامة قوامها أن بعض العقارات

تعتبر منقولات بحسب المآل اذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى ذلك ، وكان المصير المحقق في نظرهما للعقار بالطبيعة أن يتحول الى منقول بالطبيعة.

المطلب الثاني

الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك

٢١٥ ـ أساس التفرقة :

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي تستهلك بمجرد استعمالها ، وقد عرفها المشرع المصري في المادة ٨٤/١ مدني بقوله « الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له ، في استهلاكها أو انفاقها ».

والاستهلاك قد يكون ماديا كاستهلاك الطعام ، وقد يكون قانونيا بخروج الشيء من ذمة صاحبه ، كاستهلاك النقود ، وقد أورد المشرع المصري تطبيقا لهذا الاستهلاك القانوني في الفقرة الثانية من المادة ٨٤ بقوله « فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع » ومعنى ذلك أن ما يعد في المحال التجارية للبيع كالكتب والملابس وغيرها ، وان كان أصلا من الأشياء غير القابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال ، الا أنه بعرضها للبيع تعتبر من الأشياء القابلة للاستهلاك قانونا أي حكما .

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، فهي الأشياء المعدة بطبيعتها للاستعمال المتكرر ، ولا ينزع عنها هذه الصفة نقص قيمتها أو هلاكها مع مرور الزمن ، كالملابس والمفروشات والعقارات .

٢١٦ ـ فائدة التفرقة :

تظهر فائدة تقسيم الأشياء الى أشياء قابلة للاستهلاك (Choses consomptibles) وأشياء غير قابلة للاستهلاك (Choses non consomptibles) في أن بعض الحقوق كحق الانتفاع ، وحق

الاستعمال وحق السكنى ،وحق الارتفاق ، لا يتصور ورودها الا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، لأن المنتفع مثلا ملزم برد الشيء بعينه الى المالك عند انقضاء حق الانتفاع ، وهذا لا يتأتى الا اذا كان الشيء غير قابل للاستهلاك .

كذلك تستبين فائدة هذا التقسيم في أن بعض العقود لا يمكن أن ترد الا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال ، كالايجار وعارية الاستعمال .

المطلب الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

٢١٧ ـ اساس التفرقة :

عرفت المادة ٨٥ مدني الأشياء المثلية بقولها « الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن » .

فالأشياء المثلية هي عادة المقدرات أي الموزونات كالقطن من نوع معين ، أو المكيلات كالقمح من نوع معين ، أو المقيسات كالقماش من نوع معين ، أو المعدودات كقطع النقد أو الأوراق المصرفية التي من نوع واحد .

أما الأشياء القيمية فهي التي يقوم بها وصف خاص بحيث لا يمكن أن يحل غيرها محلها في الوفاء كالعقارات من أراضي ومنازل ، والحيوانات ... الخ . ويعرف فقهاء الشرع الاسلامي الأشياء القيمية بأنها ما تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به .

والعبرة في وصف الشيء بأنه شيء مثلي أو شيء قيمي : هو في مكنه قيام شيء آخر من جنسه ونوعه ومقداره مقامه في الوفاء بحسب قصد المتعاقدين ، أم عدم امكان ذلك . فقد تتجه ارادة المتعاقدين الى اعتبار شيء مثلي شيئا قيميا أو العكس . كما في حالة اعارة كتاب للاطلاع عليه ورده بعينه ؛ أو قيام شركة بتقسيم أرض زراعية أو أرض معدة للبناء الى قطع متساوية متماثلة .

٢١٨ ـ اهمية التفرقة :

تظهر أهمية التفرقة بين الأشياء المثلية وتسمى كذلك بالأشياء المعينة بالنوع (Choses fongibles) والأشياء القيمية وتسمى أيضا بالأشياء المعينة بالذات (Choses non fongibles) فيما يأتي :

أولا ـ اذا كان موضوع الالتزام شيئا مثليا جاز للمدين الوفاء بشيء مماثل لما التزم به ؛ أما اذا كان قيميا فيتعين عليه الوفاء بنفس الشيء المتفق عليه .

ثانيا ـ لا يجوز للمدين بشيء مثلي أن يتحلل من التزامه بدعوى هلاك الشيء الذي كان يعتمد عليه في الوفاء ، لأن المثليات لا تهلك ؛ وبالعكس يؤدي هلاك الشيء القيمي الى استحالة التنفيذ وانقضاء التزام المدين .

ثالثا ـ لا تقع المقاصة الا بين النقود والمثليات المتحدة في النوع والجودة (م ٣٦٢/١ مدني و ٣٢٩ موجبات) .

رابعا ـ تنتقل ملكية المنقول القيمي بمجرد التعاقد ، أما الشيء المثلي فلا تنتقل ملكيته الا بالفرز ؛ ويتم الفرز بالكيل أو المقاس أو العد أو الوزن ؛ وذلك عادة وقت التسليم .



الباب الثالث

مصادر الحق واثباته

٢١٩ ـ تقسيم :

ستتناول في هذا الباب بيان المصادر التي يستند اليها الحق في نشوئه ، ثم نعرض في كلمة موجزة لطرق اثبات الحق .



الفصل الاول

مصادر الحق

٢٢٠ ـ مصدر الحق :

رأينا ان الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قبل آخر يحميها القانون • فالقانون هو مصدر جميع الحقوق • غير أن القانون يعتبر في بعض الحالات مصدرا مباشراً للحق ، وفي حالات أخرى ، وهي الغالبة ، مصدرا غير مباشر •

فالقانون مصدر مباشر للحق اذا تناوله بنص خاص (م ١٩٨ مدني) ، كما في الحق في النفقة التي رتبها القانون على علاقة القرابة أو الزوجية •

والقانون يعتبر مصدرا غير مباشر للحق اذا كان يتطلب لنشوئه قيام واقعة معينة ، فتكون هذه الواقعة هي المصدر المباشر للحق ، كالبيع مثلا ، اذ يترتب عليه انتقال ملكية المبيع الى المشتري • فيكون البيع هو المصدر المباشر لحق المشتري في ملكية المبيع ، ويكون القانون هو المصدر غير المباشر لهذا الحق •

ويطلق على الواقعة التي تعتبر مصدرا مباشرا للحق اسم الواقعة القانونية (fait juridique) وهي بهذا المعنى كل أمر يرتب القانون على حدوثه أثرا قانونيا ٠

والوقائع القانونية قد تكون طبيعية أي مردها فعل الطبيعة ، وقد تكون اختيارية أي مردها فعل الانسان ٠

والوقائع الاختيارية قد تكون عملا ماديا (Acte matériel) وقد تكون عملا أو تصرفا قانونيا (Acte juridique)

وسنتناول هذه الأنواع فيما يلي :

٢٢١ ـ الواقعة الطبيعية :

الواقعة الطبيعية هي كل حدث يرجع الى فعل الطبيعة وحدها ، بعيدا عن نشاط الانسان ٠ ومن الأمثلة على ذلك الميلاد ، والوفاة ، ومرور الزمن ، والزلزال والفيضان ٠٠٠ الخ ٠

فبالميلاد تبدأ شخصية الانسان وتثبت له الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات ٠ وبالوفاة تنتهي هذه الشخصية وتجري أحكام الميراث٠ وبمرور الزمن قد يكتسب الحق بالتقادم المكسب ، وقد ينقضي الحق بالتقادم المسقط ٠ والزلزال أو الفيضان قد يكون القوة القاهرة التي تعفي المدين من التزامه ٠

وهكذا قد تكون الواقعة الطبيعية سببا في نشوء الحق أو في انقضائه ٠

٢٢٢ ـ الواقعة الاختيارية :

الواقعة الاختيارية هي التي يمكن ردها الى نشاط الشخص ، سواء

أكان نشاطا اراديا ، أي مقصودا به ترتيب أثر قانوني معين ، وهذا هو العمل أو التصرف القانوني ، أم لم يكن مقصودا به ترتيب هذا الأثر ، وهذا هو العمل المادي .

٢٢٣ ـ العمـل المـادي :

العمل المادي هو الفعل الذي يصدر من الشخص ويرتب عليه القانون أثرا قانونيا ، بصرف النظر عن ارادة صاحبه ، أي سواء اتجهت هذه الارادة الى احداث هذا الأثر أم لا ، ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي :

أولا ـ الفعل الضار وهو قوام المسؤولية التقصيرية . وتقوم هذه المسؤولية على أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر . ويترتب عليها التزام المسؤول بتعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه . أي يترتب عليها نشوء حق للمضرور في التعويض .

ثانيا ـ الاثراء بلا سبب ومن مقتضاه أن كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني ، عليه أن يرد لمن افتقر من جراء هذا الاثراء قدر ما أثرى به ، في حدود ما لحق المفتقر من خسارة . ومن الأمثلة على ذلك قيام المستأجر بترميمات في العين المؤجرة واجبة على المؤجر ، فيكون له حق الرجوع على هذا الأخير ليعوضه عن ذلك .

ومن أهم تطبيقات الاثراء بلا سبب ، دفع غير المستحق والفضالة.

ودفع غير المستحق هو قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه ، فيكون على الموفى له رد ما أخذه ، لأن في احتفاظه به اثراء بلا سبب على حساب غيره .

والفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد ، ودون أن يكون ملزما

بذلك . شأنا عاجلا لحساب شخص آخر ، كاطفاء حريق شب في منـزل الغير ، أو جني محصول يخشى عليه من التلف ، أو نقاوة زراعة من آفـة أصابتها ... الخ .

٢٢٤ ـ العمل القانوني :

العمل القانوني أو التصرف القانوني هو ارادة تتجه الى احداث أثر قانوني . وقد يتم التصرف القانوني بارادتين وهذا هو العقـد كالبيـع والايجار والهبة .. الخ ، وقد يتم بارادة واحدة كالوصية والوعد بجائزة الموجه الى الجمهور . وسنقتصر في القسم الثالث من هذا المؤلف علـى دراسة العقد باعتباره أهم مصادر الحق (أي الالتزام) .

الفصل الثاني

اثبات الحق

٢٢٥ ـ المبادىء التي تحكم الاثبات :

الاثبات هو اقامة الدليل امام القضاء على مصدر الحق الذي يدعيه الشخص • وللاثبات أهمية عملية بالغة الأهمية ، لأنه لا قيمة للحق اذا لم يتمكن صاحبه من اقامة الدليل على وجوده •

والقاعدة العامة في شأن الاثبات هي أن الاثبات على المدعي • ولا يقصد بالمدعي رافع الدعوى ؛ بل يقصد به كل من يدعي أمرا على خلاف الظاهر ؛ سواء كان هو رافع الدعوى أو من رفعت عليه الدعوى •

فاذا ادعى شخص مديونية آخر له بمبلغ من المال ، فهو يدعي خلاف الظاهر ، وهو براءة الذمة ؛ ويكون عليه اثبات مصدر هذا الدين ، فان فعل وأثبت وجود عقد القرض الذي هو مصدر الدين مثلا ، انتقل عبء الاثبات الى الطرف الآخر ، فان ادعى انقضاء الدين بالوفاء كان عليه اثبات هذا الادعاء •

ولكن يلاحظ أن المشرع قد يدخل لتخفيف هذه القاعدة ، بأن يقيل الشخص من عبء الاثبات ، أو ينقل هذا العبء الى الطرف الآخر عن طريق ما يسمى بالقرينة القانونية .

٢٢٦ ـ طرق الاثبات :

طرق الاثبات التي حددها القانون تتمثل في : ١ ـ الكتابة . ٢ ـ الشهادة . ٣ ـ القرائن . ٤ ـ الاقرار . ٥ ـ اليمين .

٢٢٧ ـ الاثبات بالكتابة :

يعتبر الاثبات بالكتابة أهم طرق الاثبات . والاثبات بالكتابة على نوعين : كتابة رسمية ، وكتابة عرفية .

والكتابة الرسمية هي الورقة الرسمية التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه .

والكتابة العرفية هي الورقة التي تصدر من الشخص دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها .

والقاعدة العامة أنه اذا زادت قيمة التصرف القانوني على عشرين جنيها في القانون المصري أو على ٢٧٥ ليرة في القانون اللبناني ، أو كان غير محدد القيمة ، فيتعين الاثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها كالاقرار مثلا .

غير أنه استثناء من هذه القاعدة يجوز في المسائل التجارية الاثبات بكافة طرق الاثبات ، بما فيها شهادة الشهود ، أيا كان قيمة التصرف .

٢٢٨ ـ الاثبات بشهادة الشهود :

الاثبات بشهادة الشهود أي بالبينة جائز بالنسبة للوقائع الطبيعية والأعمال المادية دون أي قيد . أما بالنسبة للاعمال أو التصرفات القانونية، فيخضع الاثبات بالبينة لقيدين هما :

الأول ــ مع استثناء الأعمال التجارية . لا يجوز الاثبات بالبينة الا اذا كانت قيمة التصرف القانوني لا تزيد عن القيمة السابق ذكرها ، أي لا تزيد على عشرين جنيها في مصر أو على ٢٧٥ ليرة في لبنان .

الثاني ــ هو عدم جواز الاثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي .

٢٢٩ ـ القرائن :

القرينة هو ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول . والقرينة على هذا النحو على نوعين : قرينة قانونية ، وقرينة قضائية .

والقرينة القانونية هي بدورها على نوعين : قرينة بسيطة وقرينة قاطعة .

والقرينة البسيطة هي التي يجوز اثبات عكس دلالتها ،م ن ذلك أن المادة ٥٨٧ مدني تقضي بأن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » . فهذه القرينة تقيل المستأجر من اثبات الوفاء بالأقساط السابقة على القسط الأخير الذي قدم الايصال به ، غير انها قرينة بسيطة يجوز للمؤجر اثبات عكسها .

والقرينة القاطعة هي التي لا يجوز اثبات ما يخالفها ، من ذلك القرينه التي يضعها القانون في شأن مسؤولية حارس الحيوان • فاذا أصيب شخص بضرر من حيوان ، فانه يعفى من اثبات خطأ الحارس ، لأن القانون يفترض وقوع هذا الخطأ ، افتراضا لا يقبل العكس (م ١٧٦ مدني) •

أما القرينة القضائية فتخضع للقيود التي ترد على حرية الاثبات بالبينة ، ويجوز دائما اثبات عكسها •

٢٣٠ ـ الاقـرار :

الاقرار هو الاعتراف بواقعة يدعيها شخص آخر • والاعتراف قد يصدر أمام جهة قضائية وهذا هو الاقرار القضائي ، وقد يقع خارج القضاء وهذا هو الاقرار غير القضائي •

٢٣١ ـ اليمين :

عندما يعجز الشخص عن اقامة الدليل على دعواه ، فيجوز له أن يوجه اليمين الى الخصم ، فان حلف هذا الأخير خسر من وجه اليمين دعواه ، وان نكل أي امتنع عن الحلف ، ثبت حق من وجه اليمين ، وهذه هي اليمين الحاسمة •

غير أنه بجانب هذه اليمين الحاسمة يوجد ما يسمى باليمين المتممة وهي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأحد الخصوم لاستكمال اقتناعه ، وهي على عكس اليمين الحاسمة لا تحسم النزاع لأن القاضي غير مقيد بنتيجتها •

القسم الثالث

مبادىء نظرية الالتزام

مقدمة

٢٢٢ ـ التعريف بالالتزام :

الالتزام رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين بالقيام بأداء معين . هذا الأداء قد يكون اعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. والالتزام هو الجانب السلبي للحق ، أي أننا اذا نظرنا الى هذه الرابطة القانونية من ناحية الدائن أطلقنا عليه اسم الحق ، واذا نظرنا اليها من ناحية المدين أطلقنا عليها اسم الالتزام .

وقد تواضع رجال الفقه على دراسته بوصفه التزاما لا بوصفه حقا ، فيقال نظرية الالتزام لا نظرية الحق الشخصي . والعلة في ذلك أن الناحية الغالبة فيه هي الناحية السلبية أي الالتزام ، ولا أدل على ذلك من امكان وجود الالتزام دون وجود دائن معين وقت نشوئه ، وجود الالتزام مع امتناع المطالبة به على الدائن . ومثال الفرض الأول من يؤمن على حياته

لمصلحة أولاده وليس له ولد وقت انعقاد العقد ، ومثال الفرض الثاني الالتزام الطبيعي وفيه لا يستطيع الدائن اجبار المدين على الوفاء •

٢٣٣ ـ مصادر الالتزام :

مصدر الالتزام هي الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام • ويمكن تقسيم مصادر الالتزام الى خمسة مصادر هي : العقد ، والارادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والاثراء بلا سبب ، والقانون •

ويطلق على العقد والارادة المنفردة اسم المصادر الارادية للالتزام ، وهذا هو العمل أو التصرف القانوني •

ويطلق على العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب اسم المصادر غير الارادية للالتزام ، وهذا العمل المادي• ويضاف اليها الوقائع الطبيعية التي يرتب عليها القانون أثرا قانونيا [١] •

٢٣٤ ـ تقسيم :

سنكتفي في دراستنا لمبادىء نظرية الالتزام بتناول العقد باعتباره أهم المصادر الارادية للالتزام ، كما سنكتفي كذلك بعد دراسة العقد بعرض بعض أحكام الالتزام ، كل هذا في نطاق ما يحتاجه طالب كلية التجارة ، مع توخي بطبيعة الحال الايجاز في العرض والتبسيط في الشرح ، حتى يسهل على هذا الطالب تفهم المبادىء القانونية اللازمة لدراسة القانون التجاري ، وهو بيت القصيد من الدراسة القانونيةفي كلية التجارة •

---

(١) راجع ما سبق ذكره في شأن مصادر الحق بند ٢٢ وما بعده •

الباب الأول

العقد

تمهيد

٢٣٥ ـ التعريف بالعقد :

العقد اتفاق ارادتين على ترتيب أثر قانوني بانشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله .

ويتحدد مجال العقد بالاتفاقات المنشئة للالتزام بين أشخاص القانون الخاص ، فتخرج من مجاله الاتفاقات المتعلقة بفروع القانون العام كالمعاهدة وهي اتفاق بين دولة ودولة أخرى وتحكمها قواعد القانون الدولي العام ، والنيابة وهي اتفاق بين النائب وناخبيه وتحكمها قواعد القانون الدستوري ، والوظيفة وهي اتفاق بين الحكومة والموظف وتحكمها قواعد القانون الاداري .

غير أنه حتى في مجال القانون الخاص تقتصر منطقة العقد على الاتفاقات المتعلقة بالذمة المالية ، فتستبعد الاتفاقات المتعلقة بروابط الأحوال الشخصية كالزواج ، لأن الزواج ولو أنه اتفاق بين الزوجين ، الا أن القانون وحده هو الذي يحدد آثاره ، ولذا لا يعتبر عقدا بالمعنى الصحيح .

٢٣٦ ـ تقسيمات العقود :

يمكن تقسيم العقود الى أقسام متعددة وفقا للخصيصة التي تتناول منها العقد ، فيمكن تقسيمها منحيث شروط تكوين العقد الى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية ، ومن حيث أثر العقد الى عقود محددة وعقود احتمالية ، ومن حيث نفاذ العقد الى عقود فورية وعقود مستمرة ، ومن حيث تفسير العقد الى عقود مسماة وعقود غير مسماة ، وكذلك الى عقود بسيطة وعقود مختلطة .

٢٣٧ ـ العقود الرضائية والشكلية والعينية :

العقد الرضائي (contrat consensuel) هو ما يكفي التراضي لانعقاده ، والقاعدة في القانون الحديث هي رضائية العقود ، ومثال ذلك البيع ، فهو ينعقد باتفاق ارادتي البائع والمشتري دون حاجة الى أي اجراء آخر .

أما العقد الشكلي (contrat solennel) فهو ما لا يكفي التراضي لانعقاده ، بل يجب بجانب التراضي اتباع شكل معين كتحرير العقد بواسطة موظف مختص يسمى بالموثق ، كما هو الحال في هبة العقار (م ٤٨٨ مدني و ٥١٠ موجبات) .

أما العقد العيني (contrat réel) فهو ما لا يكفي التراضي كذلك لانعقاده ، بل يجب الى جانب ذلك تسليم العين محل العقد ، من ذلك هبة المنقول ، فقد أجاز القانون المصري أن تتم في محرر رسمي أو بالقبض (م ٤٨٨/٢ مدني و ٥٠٩ موجبات) .

٢٣٨ ـ العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين :

العقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو الذي يلتزم

فيه أحد الطرفين دون الطرف الآخر ، أي يكون بمقتضاه أحد الطرفين مدينا فقط والآخر دائنا فقط ، كعقد القرض .

أما العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي (contrat synallagmatique ou bilatéral) فهو الذي يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، أي يعتبر كل متعاقد بموجبه دائنا ومدينا في آن واحد ، كالبيع والاجارة وغيرهما . فالبائع مثلا يعتبر دائنا بالثمن ومدينا بتسليم المبيع ، والمشتري دائنا بتسليم المبيع ومدينا بالثمن .

وأهمية هذا التقسيم تتمثل في الأمور الآتية :

١ ـ في العقود الملزمة للجانبين اذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه كان للطرف الآخر الذي نفذ التزامه أما المطالبة بالتنفيذ ، وأما المطالبة بالفسخ أي بمحو العقد واعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، ولذا يقال أن العقد الملزم للجانبين يتضمن دائما شرطا فاسخا ضمنيا .

٢ ـ في العقود الملزمة للجانبين ، اذا طالب أحد المتعاقدين المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، ولم يكن هو نفسه قد نفذ التزامه أو أبدى استعداده لتنفيذه كان للمتعاقد الآخر أن يدفع هذا الطلب بما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ ، ومعناه أن لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما تعهد به .

٣ ـ في العقود الملزمة للجانبين اذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن ارادته سقط التزامه ، وسقط معه التزام المتعاقد الآخر ، وبذا ينفسخ العقد بقوة القانون . ففي البيع اذا هلكت العين المبيعة تحت يد البائع بقوة قاهرة قبل التسليم ، انقضى التزامه ،

وانقضى تبعا له التزام المشتري بدفع الثمن ، وبذا يتحمل البائع وهو المدين بالتسليم تبعة استحالة التنفيذ .

أما في العقود الملزمة لجانب واحد فيكون تحمل التبعة على الدائن ، فمثلا اذا استحال على المودع عنده رد الوديعة لهلاكها بقوة قاهرة ، انقضى التزامه بالرد ، وتحمل المودع وهو الدائن تبعة هذه الاستحالة .

٢٣٩ ـ عقود المعاوضة وعقود التبرع :

عقد المعاوضة (Contrat à titre onéreux) هو الذي يتلقى فيه كل من المتعاقدين عوضا لما أعطاه كالبيع والاجارة . ففي البيع مثلا يقدم البائع المبيع مقابل الثمن ، ويقدم المشتري الثمن مقابل المبيع .

أما عقد التبرع (Contrat à titre gratuit) فهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضا لما أعطاه كالهبة والعارية والقرض بدون فائدة .

٢٤٠ ـ العقود المحددة والعقود الاحتمالية :

العقد المحدد (Contrat commutatif) هو الذي يتحدد فيه وقت انعقاد العقد مقدار الأداء الذي يبذله كل من المتعاقدين ، ولو انتفى التعادل بين الأدائين . كبيع شيء معين بثمن معين .

أما العقد الاحتمالي (Contrat aléatoire) فهو العقد الذي لا يتحدد فيه وقت التعاقد مقدار الأداء الذي يبذله أو يأخذه كل متعاقد ، لوجود عنصر احتمالي فيه كعقد التأمين وعقد اليانصيب .

وأهمية هذا التقسيم تستبين في أن الغبن لا يؤثر كمبدأ عام في العقود الاحتمالية .

٢٤١ ـ العقود الفورية والعقود الممتدة :

العقد الفوري (Contrat instantané) هو الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة كما هو الشأن في البيع عادة ، اذ بمجرد تمام العقد يقوم البائع بتسليم المبيع والمشتري بدفع الثمن • وقد يتراخى تنفيذ عقد البيع الى أجل ، ولكن تأجيل تنفيذه لا يؤثر على مقدار الثمن أو على مقدار المبيع •

أما العقد الممتد (Contrat successif) فهو الذي ينفذ فيه الالتزام باداءات مستمرة كعقد الايجار ، أو باداءات دورية كعقد التوريد • والعقد الممتد يعتبر الزمن فيه عنصرا جوهريا بحيث يتوقف على هذا العنصر تحديد مقدار محل الالتزام ، فالايجار مثلا يرد على منفعة الشيء ، ومقدار المنفعة يقدر بزمن الانتفاع ، كما يقدر به مقدار الأجرة ، لأن الاجرة تقابل الانتفاع •

وتظهر أهمية هذا التقسيم أنه اذا فسخ العقد الفوري انسحب أثر الفسخ الى الماضي ، فاذا فسخ البيع مثلا ، استرد البائع المبيع واسترد المشتري الثمن أو الجزء من الثمن الذي كان قد دفعه • أما فسخ العقد الممتد فلا ينسحب أثره الى الماضي ، فاذا فسخ عقد الايجار مثلا فلا يسترد المستأجر الأجرة التي دفعها عن الفترة السابقة على وقوع الفسخ ، لأنها تقابل المنفعة ، والمنفعة لا يمكن ردها •

٢٤٢ ـ العقود المسماة والعقود غير المسماة :

العقد المسمى هو العقد الذي خصه المشرع باسم معين وفصل أحكامه لعظم شيوعه بين الناس ، كالبيع والاجارة والهبة •

أما العقود غير المسماة فهي التي لم تحظ من المشرع بتنظيم أو باسم معينين لقلة شيوعها بين الناس • كاتفاق مستشفى مع كلية طب على وضع

عدة أسرة تحت تصرف الكلية للتعليم والبحث الطبي • والعقود غير المسماة لا حصر لها ، لأن الارادة حرة تستطيع انشاء ما تريد من العقود في حدود النظام العام والآداب •

وأهمية هذا التقسيم أنه اذا سكت المتعاقدان عن ذكر بعض أحكام عقد من العقود المسماة (contrats nommés) يرجع في تكملة هذا النقص الى الأحكام الخاصة التي أوردها المشرع في شأنه ، أما اذا كان العقد من العقود غير المسماة (contrats innommés) فيرجع بالنسبة له الى القواعد العامة في الالتزام •

٢٤٣ ـ العقود البسيطة والعقود المختلطة :

العقد البسيط (Contrat simple) هو الذي يتناول نوعاً واحدا من العقود كالبيع أو الايجار •

أما العقد المختلط (Contrat mixte) فهو الذي يجمع بين عدة عقود متعاصرة امتزج بعضها بالبعض الآخر ، وعادة يكون من العقود غير المسماة ، مثال ذلك العقد بين صاحب الفندق والنزيل ، فهو مجموع يشمل عقد ايجار بالنسبة الى الغرفة ، وعقد عمل بالنسبة الى الخدمة ، وعقد بيع بالنسبة الى الطعام ، وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة •

وأهمية هذا التقسيم أن العقد المختلط تطبق عليه فيما يتعلق بتفسيره أحكام العقود المختلفة التي امتزجت فيه ، ولكن اذا تناقضت هذه الأحكام فيجب ترجيح أحد العقود باعتباره العقد الرئيسي وتطبيق أحكام هذا العقد دون سواه ، وهو ما فعله القضاء المصري بالنسبة لعقد الهاتف وهو يدور بين عقد العمل وعقد الايجار ، فغلب فيه عنصر العمل •

٢٤٤ ـ منهج البحث :

سنتبع في دراستنا لنظرية العقد الترتيب الآتي :

أولا ــ انعقاد العقد .

ثانيا ــ نطاق العقد وآثاره .

ثالثا ــ تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية .



الفصل الاول

انعقاد العقد

٢٤٥ ـ اركان العقـد :

أركان العقد هي التراضي والمحـل والسبب ، وسنضيف اليهـا في دراستنا الجزاء المترتب على الاخلال بأي ركن من هذه الأركان .

الفـرع الاول

التراضـي

٢٤٦ ـ بيان الموضوعات :

يتصل بموضـوع التراضي البحث في : طرفي العقد ، ووجـود التراضي ، وصحته .

المبحث الاول

طرفـا العقـد

٢٤٧ ـ الاهلية والنيابة في التعاقد :

الأصل أن الرضاء الذي يتم به انعقاد العقد يجب أن يصدر مـن المتعاقدين ، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة اذ قد يتم العقد عن طريق

النيابة ، فيكون الرضا صادرا من النائب وليس من الأصيل ، كما أن الرضاء لا يكون معتبرا الا اذا صدر من شخص متمتع بالأهلية .

المطلب الاول
الأهليــة

٢٤٨ ـ اهلية الوجوب واهلية الأداء :

ينصرف اصطلاح الأهلية تارة الى ما يسمى بأهلية الوجوب ، وتارة الى ما يسمى بأهلية الأداء ، وان كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو انعدامها أو نقصها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب ، لأنه اذا انعدمت أهلية الوجوب فلا يتصور البحث في أهلية الأداء .

وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتــع بالحقوق وتحمــل الواجبات التي يقررها القانون . وهي على هذا النحو تتصل بالشخصية لا بالارادة .

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لاعمال ارادته اعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده ، وهذه الأهلية قــد تكون كاملــة أو ناقصة او معدومة. فاذ ا كانت كاملة صح التصرف الذي يجريه الشخص، وان كانت ناقصة كان التصرف قابلا للابطال ، واذا كانت معدومة كــان التصرف باطلا بطلانا مطلقا ، وقد سبق لنا دراسة موضوع الأهلية [(١)] .

المطلــب الثاني
النيابة في التعاقد

٢٤٩ ــ التعريف بالنيابة :

النيابــة (Représentation) هي حلول ارادة النائب محل ارادة

---

(١) راجع بند ١٦٦ وما بعده .

الأصيل في ابرام تصرف قانوني مع اضافة آثاره الى شخص الأصيل ، كما لو تعاقد شخص بطريق النيابة عن شخص آخر في بيع عقار مملوك له ، فان العقد ينعقد بارادة النائب وارادة المشتري ، أما آثار البيع فيضاف ما تعلق منها بحقوق و التزامات البائع الى شخص الأصيل لا الى شخص النائب الذي حل محله في اتمام العقد .

وسنبحث فيما يتعلق بالنيابة : أولا في شروط وجود النيابة . وثانيا في أحكام النيابة .

١ ـ شروط وجود النيابة

٢٥٠ ـ بيان الشروط :

لكي يتحقق وجود النيابة لا بد من توافر شروط معينة وهي : أولا ـ احلال ارادة النائب محل ارادة الأصيل . ثانيا ـ العلم بالنيابة . ثالثا ـ التزام النائب حدود النيابة .

٢٥١ ـ الشرط الاول ـ احلال ارادة النائب محل ارادة الاصيل :

ينعقد التصرف الذي يتم بطريق النيابة بارادة النائب لا بارادة الأصيل . وفي هذا يفترق النائب عن الرسول الذي يعتبر حاملا فقط لرضاء المتعاقد ، شأنه في ذلك شأن الخطاب ، ولذا يعتبر التعاقد برسول تعاقدا بين غائبين فيما يتعلق بمكان وزمان انعقاد العقد . على حين أن التعاقد بطريق النيابة يعتبر تعاقدا بين حاضرين اذا ضم النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، لأن النائب يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الأصيل .

كذلك يترتب على انعقاد العقد بارادة النائب وليس بارادة الأصيل ،

أنه ينظر فيما يتعلق بحسن وسوء النية ، وفيما يتعلق بعيوب الارادة ، الى شخص النائب وليس الى شخص الأصيل (م ١٠٤ مدني) •

٢٥٢ ـ الشرط الثاني ـ العلم بالنيابة :

يشترط لكي تضاف آثار التصرف الذي يعقده النائب مع الغير الى شخص الأصيل ، أن تتجه ارادتيهما الى ذلك ، وهذا يفترض أن يكون العلم بالنيابة مشتركا بينهما وقت انعقاد التصرف موضوعها •

والعلم بوجود النيابة قد يكون حقيقيا أو حكميا • كما لو أعلن النائب عند التعاقد أنه يتعامل باسم الأصيل ، حكميا اذا كانت الظروف تفترض حتما علم الغير بوجود النيابة بالرغم من سكوت النائب عن اعلان ذلك ، كمن يدخل محلا تجاريا لشراء شيء منه ، فيفترض فيه العلم بأن العامل أو الموظف الذي يتولى البيع ليس الا نائبا عن صاحب المحل •

٢٥٣ ـ الشرط الثالث ـ التزام النائب حدود النيابة :

لكي تضاف آثار النيابة أي آثار التصرف الذي يعقد بطريق النيابة الى الأصيل ، يشترط ألا يخرج النائب عن حدود النيابة • والنيابة قد تقيد من حيث الأشخاص ، أو من حيث الموضوع •

فمن حيث الأشخاص ، قد تكون النيابة عامة تنصرف الى الغير كافة ، وقد تتحدد بشخص معين لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع غيره •

ومع ذلك فانه حتى بالنسبة للنيابة العامة يوجد قيد ضمني هو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه ، بأن يكون نائبا عن غيره وأصيلا عن نفسه في العقد ، أو أن يكون نائبا عن طرفي العقد معا ، الا اذا وافق الأصيل على ذلك • والعلة في هذا القيد هو الصعوبة التي يستشعرها النائب في مثل هذه الحالة في التوفيق بين المصالح المتضاربة •

ومن حيث الموضوع قد تتناول النيابة جميع التصرفات بصفة عامة ، أو نوعا معينا منها أو تصرفا معينا بالذات لا يستطيع النائب اجراء غيره •

هذا ويلاحظ أن النيابة الواردة في ألفاظ عامة لا تنصرف الا لأعمال الادارة فقط (م ٧٠١ مدني و ٧٧٨ موجبات) •

٢ـ احكام النيـابة

٢٥٤ ـ الآثار التي تترتب على التعاقد بطريق النيابة :

يترتب على التعاقد بطريق النيابة آثار معينة بالنسبة للأصل،وبالنسبة للنائب ، وبالنسبة للغير الذي تعاقد مع النائب •

فبالنسبة للأصيل تضاف اليه آثار التصرف سواء أكانت حقوقا أم التزاماتا ، ولذا ينظر الى شخص الأصيل وليس الى شخص النائب لتقدير الصلاحية لاكتساب الحق ، ولتحديد صفة الالتزام الذي ينشأ عنه فيما اذا كان التزاما مدنيا أم تجاريا •

وبالنسبة للنائب ، فانه يعتبر اجنبيا عن التصرف موضوع النيابة بالرغم من أن هذا التصرف قد تم بارادته ، لأن ما يرتبه هذا التصرف من آثار يضاف مباشرة الى الأصيل •

وبالنسبة للغير فانه يرتبط بموجب التصرف موضوع النيابة بالأصيل مباشرة ، فيكتسب قبل الأصيل كافة الحقوق التي يرتبها له هذا التصرف، ويلتزم قبله بكافة الالتزامات التي يولدها في ذمته هذا التصرف •

المبحث الثاني

وجود التراضي

٢٥٥ ـ معنى التراضي

التراضي هو تطابق الايجاب والقبول كتعبيرين عن ارادتي طرفي

العقد . وعادة يتعاقب التعبير عن هاتين الارادتين المتطابقتين ، فيصدر الايجاب أولا ثم يتبعه قبول مطابق له .

٢٥٦ ـ التعبير عن الارادة :

القاعدة العامة فيما يتعلق بانعقاد العقد هي الرضائية الا اذا تطلب القانون أوضاعا معينة بجانب التراضي لتمام العقد ، كما هو الشأن في العقود الشكلية والعقود العينية .

ولا يخضع التعبير عن الارادة في العقود الرضائية لشكل خارجي معين . ولذا يصح أن يكون صريحا أو ضمنيا ، معلنا بالقول أي بالألفاظ ، مبشرة أو بواسطة الهاتف أو بواسطة شريط مسجل ، أو بالكتابة في أشكالها المتعددة من كتابة بخط اليد أو بآلة كاتبة أو بآلة طابعة أصلا كان أو صورة ، موقعا عليها أو غير موقع ، أو بخطاب أو نشرة أو اعلان ، أو سند عرفي أو سند رسمي ، أو بالاشارة المتداولة عرفا ، أو باتخاذ موقف لا يدع شكا في دلالته على المقصود منه كالجلوس في عربة نقل ، اذ به ينعقد عقد النقل .

على أن هذه الحرية التي للمتعاقدين في التعبير عن ارادتيهما يحد منها ما يتطلبه القانون في شأن اثبات العقد ، ولذا يلجأ المتعاقدان عادة الى الكتابة كوسيلة لاثبات العقد .

٢٥٧ ـ التعبير الصريح والتعبير الضمني :

الأصل أن التعبير الضمني كالتعبير الصريح في قوته ، غير أنه في بعض الاحيان يجب أن يكون التعبير صريحا ، اما لأن القانون يتطلب ذلك ومثاله أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه الا اذا ذكر فيها صراحة انه استوفى الدين ، واما لأن المتعاقدين قد اتفقا على

هذا ، كما لو اتفق المؤجر مع المستأجر على عدم جواز التنازل عن الايجار أو تأجير العين من الباطن الا برضاء المؤجر كتابة •

٢٥٨ ـ التعبير عن الايجـاب :

يتخذ التعبير عن الايجاب عادة مظهرا صريحا سواء كان ذلك بالقول أو بالكتابة أو بالاشارة او باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود ، كعرض التاجر بضاعته في واجهة المحل التجاري أو في داخله مع وضع بطاقات ببيان أثمانها عليها •

كذلك قد يكون الايجاب ضمنيا ، كالايجاب الصادر مـن المستأجر الذي انتهت مدة اجارته والمستفاد من بقائه في العين المؤجرة •

هذا ولا يشترط في الايجاب ان يكون موجها الـى شخص معين بالذات ، بل يصح بالايجاب ولو كان موجها لشخص غير معين كالايجـاب الموجه الى الجمهور عن طريق النشرات أو الاعلانات في الصحف أو عـن طريق عرض البضائع في واجهات المحلات التجارية •

٢٥٩ ـ التعبير عن القبول :

قد يكون التعبير عن القبول كالتعبير عن الايجاب صريحا أو ضمنيا • والتعبير الضمني يصادف عادة في القبول عنه في الايجاب ، من ذلـك عدم اعتراض المؤجر على بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مـدة الايجار ، اذ يعتبر ذلك قبولا ضمنيا من المؤجر للايجاب الضمني الصادر من المستأجر في شأن تجديد عقد الايجار •

٢٦٠ ـ هل يعتبر السكوت قبولا ؟

يتعين قبل الكلام في السكوت التفرقة بينه وبين التعبير الضمني ، لأن التعبير الضمني وضع ايجابي يستفاد من بعض الوقائع ، أما السكوت

وضع سلبي . ولما كانت الارادة عملا ايجابيا فلا يتصور كقاعدة عامة أن يكون السكوت تعبيراً عنها .

والسكوت لا يتضمن على وجه الاطلاق ايجابا لأنه عدم ، والعدم لا ينبىء بشيء ، وهو كذلك لا يعتبر قبولا الا اذا كان ملابسا .

والسكوت يعتبر ملابسا في حالات معينة أشارت اليها المادة ٩٨ مدني . من ذلك اذا تمخض الايجاب عن منفعة من وجه اليه ، فيعتبر السكوت قبولا ، كعارية استعمال تعرض على المستعير فيسكت ، أو اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كتاجر اعتاد ارسال بضاعة الى عميل له دون ان ينتظر ردا ، فيعتبر سكوت العميل قبولا ، أو اذا كان العرف التجاري يقضي باعتبار السكوت دليلا على الرضا ، ومما جرى به العرف التجاري مثلا أن يرسل المصرف الى العميل بيانا بحسابه ، ويذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان في مدة معينة يعتبر اقرارا له .

٢٦١ ــ القبول في عقود المزاد :

الذي يعنينا في عقود المزاد هو تحديد متى يتم الايجاب ومتى يتم القبول ، وقد أجابت على ذلك المادة ٩٩ مدني ، ووفقا لها يكون مجرد افتتاح المزايدة على الثمن دعوة للتقدم بالعطاءات ، والتقدم بالعطاء هو الايجاب ، أما القبول فلا يتم الا برسو المزاد .

٢٦٢ ــ القبول في عقود الاذعان :

اذا كان الوضع العادي في العقود أن تسبقه مفاوضات يتناقش فيها الطرفان في شروط العقد وأحكامه ، لا أنه قد يحدث ، وهذا كثير الوقوع الآن ، أن أحدالطرفين يكون منالقوة من الناحية الاقتصادية بحيث

يفرض ارادته على الطرف الآخر ، فيعرض عليه شروطا يتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة ، بحيث يكون القبول في مثل هذه الحالات أقرب الى معنى التسليم منه الى معنى المشيئة ، ويطلق على العقود التي من هذا النوع أسم عقود الاذعان (Contrat d'adhésion).

ويعتبر العقد من عقود الاذعان اذا توافرت فيه الخصائص الآتية وهي :

١ ـ أن يتعلق العقد بسلع أو مرفق يعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين •

٢ ـ احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها الا لمنافسة محدودة النطاق •

٣ ـ أن يكون الايجاب موجها الى الجمهور كافة بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة وأهمية التفرقة بين عقد الاذعان وبين غيره من العقود ، أنه اذا كانت القاعدة أن الشك يفسر في مصلحة المدين ، عند غموض عبارة العقد ، الا أنه في عقود الاذعان يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا (م ١٥١ مدني) •

٢٦٣ ـ تبادل التعبير عن الارادة :

يفترض العقد صدور ايجاب يتبعه قبول ، واذا كان القبول مطابقا للايجاب انعقد العقد ، أما اذا كان معدلا له بالزيادة أو النقصان ، فيعتبر رفضا للايجاب ، وايجابا جديدا يستلزم قبولا من الطرف الآخر (م ٩٦ مدني) •

والتعبير عن الارادة ايجابا أو قبولا ، تسبقه مفاوضات بين المتعاقدين يمر فيها التعاقد بمراحل مختلفة ، من ذلك مرحلة الوعد بالتعاقد ، والتعاقد بالعربون •

٢٦٤ ــ الوعد بالتعاقد :

الوعد بالتعاقد ، كالوعد بالبيع مثلا ، عقد يلتزم بمقتضاه الواعد ببيع شيء اذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء في مدة معينة . وكثيرا ما يلجأ الى هذا العقد في الحياة العملية ، من ذلك أن شركات البناء العقارية ، رغبة منها في تيسير تأجير مبانيها ، تضمن عقود الايجار الصادرة منها وعـدا ببيع العين الى المستأجر ، كذلك تلجأ الشركات الصناعية لضمان التوسع في اعمالها في المستقبل الى الحصول من ملاك الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها لها اذا أبدت رغبتها في الشراء في مدة معينة .

ولكي ينعقد عقد الوعد لا بد من توافر شروط معينة هي :

أولا ــ الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد موضوع الوعد ، فاذا كان بيعا ، فيجب الاتفاق في عقد الوعد على المبيع والثمن ، واذا كان ايجارا فيجب الاتفاق فيه على العين المؤجرة والاجرة ومدة الايجار .

ثانيا ــ المدة ، اذ يجب أن يحدد فيعقد الوعد مدة يظهر الموعود له رغبته فيها ، والا امتنع انعقاد الوعد . وهذه المدة قد يتفق عليها صراحة أو ضمنا ، ويلتزم الواعد بالبقاء على وعده طوال هذه المدة ، فاذا انقضت دون أن يعلن الموعود له رغبته في استيفاء الوعد ، انقضى التزام الواعد (١٠١/١ مدني) [١] .

ثالثا ــ الشكل ، ذلك أنه اذا كان الأصل في عقد الوعد أن يكون رضائيا ، الا أنه اذا كان العقد موضوع الوعد من العقود الشكلية كالهبة

---

(١) لم يتطلب القانون اللبناني توافر شرط المدة الا بالنسبة الى الوعد ببيع العقار (م ٢٢٠ من قانون الملكية العقارية) .

والرهن الرسمي ، فيتعين أن يتوافر في عقد الوعد الشكل اللازم توافره في العقد موضوع الوعد ، والا بطل الوعد وامتنع مطالبة الواعد بتنفيذه (م ٢/١٠١ مدني) .

واذا أبدى الموعود له رغبته في استيفاء الوعد قبل انقضاء المدة ، انعقد العقد موضوع الوعد ، ويعتبر منعقدا من وقت ابداء هذه الرغبة ، لا من وقت قيام الوعد .

٢٦٥ ـ التعاقد بالعربون :

العربون (Les arrhes) مبلغ من النقود (أو منقول من نوع آخر) يدفعه أحد المتعاقدين للاخر وقت التعاقد .

والغرض من دفع العربون اما الدلالة على أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن الصفقة ونقض العقد ، واما الدلالة على أن العقد قد تم نهائيا وأن القصد من دفع العربون هو ضمان تنفيذه . ويرجع الى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد الغرض من دفع العربون ، فاذا كانت هذه النية غير واضحة اعتبر دفع العربون دليلا على ثبوت خيار العدول (م ١/١٠٣ مدني) .واذا عدل من دفع العربون فقده ، واذا عدل من قبض العربون رد ضعفه ، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر (م ٢/١٠٣ مدني) .

٢٦٦ ـ التعاقد بين غائبين :

قد لا يضم المتعاقدين مجلس واحد فتمضي فترة من الوقت بين صدور القبول وعلم الموجب به ، كما في العقود التي تتم بالمراسلة أي بالبريد أو البرق أو بواسطة رسول . وفي هذه الحالة يشكل الأمر فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد ، هل انعقد في الوقت والمكان

اللذين صدر فيهما القبول ، أم في الوقت والمكان اللذين علم فيهما الموجب بالقبول •

أخذ القانون اللبناني في هذا الموضوع بنظرية اعلان القبول ، باعتبار أن العقد توافق ارادتين ، فاذا قبل من وجه اليه الايجاب التعبير الصادر من الطرف الآخر ، تم العقد دون حاجة الى تأخير ذلك الى وقت آخر (م ١٨٤ موجبات) • ويعيب هذه النظرية أن الموجب ستمضي عليه فترة عدم استقرار لا يعلم فيها اذا كان العقد انعقد أم لا •

أما القانون المصري فقد أخذ بنظرية العلم بالقبول (م ٩٧ مدني) باعتبار أن العقد وان كان توافقا بين ارادتين ، الا أنه يجب أن يعلم كل طرف بقيام هذا التوافق ، أي يعلم الموجب بقبول الطرف الآخر ، ويعتبر وصول القبول قرينة على العلم به •

المبحث الثالث
عيوب الرضاء

٢٦٧ - الارادة غير الموجودة والارادة المعيبة :

العقد تصرف قانوني قوامه الارادة ، والارادة قد تكون غير موجودة أي معدومة وفي هذه الحالة يعتبر العقد باطلا أي غير موجود ، وقد تكون الارادة موجودة ولكنها معيبة بعيب من عيوب الرضاء ، وفي هذه الحالة يقوم العقد ولكنه يكون قابلا للابطال •

والارادة تعتبر معدومة اذا صدرت ممن لا يملكها كالصبي غير المميز والمجنون ، وتكون معيبة اذا صدرت من كامل الأهلية الذي شاب رضاه غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال • وسنتناول بالبحث كل عيب من هذه العيوب •

المطلب الاول

الغلط

٢٦٨ ـ التعريف الغلط :

الغلط (L'erreur) وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع ، كمن يشتري قطعة حلى على أنها من الذهب الخالص فيتبين انها من الفضة المغطاة بطبقة من الذهب .

ويشترط لاعتبار الغلط معيبا للرضى توافر شرطين : الأول ـ أن يكون الغلط جوهريا . الثاني ـ أن يكون الغلط داخلا في نطاق العقد .

٢٦٩ ـ الغلط الجوهري :

يعتبر الغلط جوهريا في القانون المصري (م ١٢١ مدني) اذا كان هو الدافع الى التعاقد ، أي اذا بلغ حدا من الجسامة يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ، سواء في ذلك وقع الغلط في الشيء أم في الشخص أم في القيمة أم في الباعث ، أم في القانون .

ومثال الغلط في الشيء أن يشتري شخص تحفة على أنها أثرية فيظهر انها حديثة الصنع ، ومثال الغلط في شخص المتعاقد أن يعهد شخص الى مهندس زراعي بالاشراف على زراعته ، فيتضح أنه لا يحمل مؤهلا علمياً. والغلط في شخص المتعاقد يؤدي الى ابطال العقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد ، سواء في ذلك تناول الغلط ذات المتعاقد أو صفة من صفاته. وذات المتعاقد تكون بوجه عام محلا اعتبار في العقد اذا كان من عقود التبرع ، أما اذا كان من عقود المعاوضة ، فلا تكون ذاته محل اعتبار في العقد الا على سبيل الاستثناء ، كما في عقد الشركة .

ومثال الغلط في القيمة أن يبيع شخص الى آخر سهما بقيمته الفعلية جهلا منه بأن السهم قد ربح جائزة كبيرة . ومثال الغلط الباعث أن يستأجر

موظف مسكنا في بلد معين على اعتبار أنه نقل اليه ، ثم يتبين أنـه لـم ينقل [1] .

ومثال الغلط في القانون أن يبيع شخص حصته في التركة ، معتقدا أن نصيبه الشرعي هو ثمن التركة ، ثم يستبين بعد ذلك أنه ورث ربـع التركة .

٢٧٠ ـ الغلط الداخل في نطاق العقد :

يشترط في الغلط حتى يؤدي الى ابطال العقد أن يكون داخلا في منطقة العقد ، أي داخلا فيما اتفق عليه المتعاقدان أو فيما يفترض اتفاقهما عليه ، بأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بدوره في هذا الغلط أو كان عالما به أو كان من السهل عليه العلم به (م ١٢٠ مدني) [2] .

فمن يشتري شيئا على أنه أثري من تاجر عاديات ، ثم يتبين أنه غير أثري ، يفترض علم التاجر بنية المشتري في شراء شيء أثري ، ولذا يعتبر الغلط داخلا في نطاق العقد .

---

(١) راجع في شأن حالات الغلط الجوهري في القانون اللبناني ما تقتضي به المادة ٢٠٤ موجبات من انه « يعد الرضى متعيبا فقط والعقد قابلا للابطال: ١ ـ اذا كان الغلط يتناول صفات الشيء الجوهرية . ٢ ـ اذا كان الغلط يتناول هوية الشخص او صفاته الجوهرية في العقود المنظور في انشائهـا الى شخص العاقد . ٣ ـ اذا كان الغلط يتناول فاعلية سبب الموجب (كانشاء عهد من اجل موجب سابق كان يظن انه مدني مع انه كان طبيعيا فقط) .

(٢) يتطلب القانون اللبناني ان يكون الغلط مشتركا اذا كان واقعا في صفة جوهرية في الشيء فقط (م ٢٠٧ موجبات)

المطلب الثاني
التدليس

٢٧١ ـ التعريف بالتدليس :

التدليس أو الخداع كما يسميه القانون اللبناني (Le dol) هو استعمال الحيلة بقصد ايقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد • وظاهر من هذا التعريف أن التدليس لا يعتبر عيبا مستقلا من عيوب الرضا ، بل هو علة لعيب آخر ، وهذا العيب هو الغلط ، ذلك أن الغلط اما أن يكون تلقائيا ، أي ينزلق اليه الشخص من تلقاء نفسه ، واما أن يكون مستثارا ، أي تثيره في الذهن الحيل التي استعملت مع العاقد، وفي الحالتين يكون العقد قابلا للابطال •

٢٧٢ ـ عناصر التدليس :

يشترط لقيام التدليس في القانونين المصري واللبناني (م ١٢٥ و١٢٦ مدني و ٢٠٨ و ٢٠٩ موجبات) توافر عناصر ثلاثة هي : أولا ــ استعمال الحيلة • ثانيا ــ نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع • ثالثا أن تكون الحيلة مؤثرة أي تحمل على التعاقد •

٢٧٣ ـ العنصر الاول ـ استعمال الحيلة :

تتخذ الحيلة المستعملة في التدليس صوراً شتى تختلف باختلاف حالة المتعاقد المدلس عليه • وعادة تتكون الحيل من وقائع ايجابية أي من تأكيدات كاذبة تسندها طرق احتيالية بقصد اخفاء حقيقة الأمر عن العاقد أو ايهامه خلاف الواقع ، كاصطناع أحد المتعاقدين لمستندات مزورة أو اتخاذه مظاهر خداعة بقصد حمل الطرف الآخر على التعاقد •

والأصل أن الكذب أو الكتمان وحده لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة ،

الا اذا تناول واقعة لها أهميتهاعند العاقد ، بحيث ما كان ليتعاقد لولا التأكيدات غير الصحيحة التي صدرت له في شأنها ، او لولا اخفائها عمدا عنه ، مثال ذلك كتمان المؤمن على حياته عن شركة التأمين مرضا خطيرا أصابه قبل التأمين .

٢٧٤ ـ العنصر الثاني ـ نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع :

يجب أن تكون الحيلة المستعملة في التدليس مصحوبة بنية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع ، فاذا انتفت نية التضليل فلا تدليس ، كما هو الشأن فيما يصدر من التجار من انتحال أحسن الأوصاف لسلعهم والمبالغة في ذلك .

كذلك يجب أن يكون المقصود منالتضليل هو الوصول الى غرض غير مشروع ، فاذا كان الغرض مشروعا فلا تدليس ، كما لو استعمل المودع وقد تبين له أن المودع عند غيره أمين ، طرقا احتيالية للحصول منه على اقرار بالوديعة .

٢٧٥ ـ العنصر الثالث ـ ان تكون الحيلة مؤثرة :

يجب أن تبلغ الحيلة من الجسامة حدا يعتبر دافعا للمتعاقد على التعاقد . وجسامة الحيلة يرجع فيها الى معيار شخصي أي ذاتي ، لأنها تتوقف على حالة الشخص المدلس عليه ؛ اذ من الناس من يصعب خداعه ، ومن الناس من يسهل غشه .

٢٧٦ ـ التدليس الصادر من اجنبي عن العقد :

اذا كان الأصل هو وجوب صدور التدليس ممن كان طرفا في العقد أو من نائبه ،ا لا أنه اذا صدر التدليس من أجنبي عن العقد وجب أنيكون العاقد المستفيد من هذا التدليس على علم به أو يكون من المفروض حتما علمه به . فان لم يثبت ذلك فلا يجوز ابطال العقد .

المطلب الثالث
الاكراه

٢٧٧ ــ التعريف بالاكراه :

الاكراه أو الخوف كما يسميه القانـون اللبناني **(Violence)** ضغط على الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد .

وهذا الوصف للاكراه ينصرف الى الاكراه المفسد للرضا ، وهـو ما نتكلم عنه . لأن فيه الارادة موجودة وان لم تكن مختارة ، على عكس الاكراه المعدم للرضا والذي يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا ، كما لو أمسك المكره بيد المكره والقلم فيها للتوقيع على العقد ، أو نومه تنويما مغناطيسيا ، وأوحى اليه بامضاء العقد .

والاكراه المفسد للرضا قد يكون حسيا ، ووسيلته الاكراه الجسماني اذا وقع فعلا ، فيقبل الشخص العقد تخلصا من الألم . وقد يكون نفسيا ووسيلته التهديد بالايذاء بالقتل أو الضرب . فيقبل الشخص العقد تفاديا للألم المستقبل .

٢٧٨ ــ عناصر الاكراه :

يشترط لتوافر الاكراه في القانونين المصري واللبنـاني (م ١٢٧ و ١٢٨ مصري و ٢١٠ الى ٢١٢ موجبات) توافر عنصرين : أولهما أن يبعث في نفس المكره رهبة قائمة على أساس . وثانيهما أن يكون بعث هـذه الرهبة حاصلا دون حق ، أي عدم مشروعية الرهبة .

٢٧٩ ــ العنصر الاول ــ بعث الرهبة :

الرهبة التي تفسد الرضا يكون مبعثها عادة التهديد بالحـاق

الأذى بالنفس بالقتل مثلا ، أو الجسم بالضرب أو التعذيب ، أو بالمال بالاتلاف أو الحرق .. الخ أو بالسمعة بالتشهير .

ولا يشترط لبعث الرهبة وفساد الرضا أن يكون التهديد بالحاق الأذى خاصا بشخص المتعاقد أو بماله أو بشرفه ، بل ان التهديد بالحاق الأذى بشخص عزيز على المتعاقد ممن تربطه به رابطة القرابة أو النسب أو الصداقة قد يولد في نفس العاقد مثل هذه الرهبة التي تحمله على التعاقد .

ويشترط في الرهبة حتى تفسد الرضا أن تكون قائمة على أساس ، والرهبة تكون قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف المكره أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره ، أي يشترط في الخطر ـ وهو مبعث الرهبة ـ أن يكون جسيما وأن يكون محدقا أي وشيك الوقوع .

وقد يكون مصدر الرهبة الشوكة أو النفوذ الأدبي الذي لشخص على شخص آخر اذا تجاوز صاحب النفوذ استغلال نفوذه .

٢٨٠ ـ العنصر الثاني ـ عدم مشروعية الرهبة :

لا يعتبر الاكراه عيبا في الرضا الا اذا كان غير مشروع . والاكراه يكون مشروعا أو غير مشروع بحسب الغرض منه . فاذا كان الغرض منه حصول المكره على ما ليس له حق فيه كان غير مشروع ، كمن يهدد آخر بالتشهير به ان لم يدفع له مبلغا من المال . أما اذا كان الغرض منه مشروعا ، أي كان الغرض منه هي حصول الشخص على حق له ، فان الاكراه لا يفسد الرضا ، كتهديد امرأة لخليلها بالتشهير به عند خطيبته ان لم يعوضها عن الضرر الذي أصابها بسبب العلاقة السابقة بينهما .

٢٨١ ـ انبعاث الرهبة عن اكراه صادر من الغير او من ظروف تهيأت مصادفة:

الأصل في الاكراه المفسد للرضا ان يكون صادرا من المتعاقد الآخر ، فان كان صادرا من أجنبي عن العقد فلا يفسد الرضا في القانــون المصري الا اذا كان متصلا بالعاقد الآخر المستفيدمنه ، بأن كان يعلم به أو كــان من المفروض حتما علمه به [١] .

وقد لا يصدر الاكراه من شخص ما بل تولده الظروف مصادفة ، فيستغل أحد المتعاقدين هذه الظروف للضغط على ارادة المتعاقد الآخر الذي وقع تحت تأثيرها، كشخص يصاب في حادث بعيد عن العمران ، فيرفض آخر نقله الا اذا تعهد بدفع مبلغ كبير من المال .

المطلب الرابــع

الاستغلال

٢٨٢ ـ الاستغلال والغبن :

الاستغلال والغبن هو عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التــي يرتبها العقد ، أي عدم التعادل بين ما يبذله العاقد وما يأخذه ، واذا نظر الى عدم التعادل من الناحية المادية سمى غبنا **(Lésion)** ، واذا نظر اليه من الناحية النفسية سمى استغلالا **(exploitation)** .

٢٨٣ ـ عناصر الاستغلال :

باستقراء أحكام القانونين المصري واللبناني (م ١٢٩ مدني و٢١٤ موجبات) يتضح أنه يجب توافر عنصرين تربط بينهما رابطة السببيــة

---

(١) لا يشترط في القانون اللبناني في الاكراه الصادر من الغير أن يكون المتعاقد المستفيد منه على علم به .

حتى يمكن الطعن في العقد على أساس الاستغلال ، وأحد هذين العنصرين مادي أو موضوعي ، والآخر نفسي أو ذاتي .

٢٨٤ ـ العنصر المادي :

العنصر المادي هو فقدان التعادل بين قيمة ما يأخذه المتعاقد وبين قيمة ما يعطي ، وهذه القيمة تقدر باعتبار حال المتعاقد وقت التعاقد ، أي باعتبار ظروفه الشخصية ، فاذا كان غاويا يرغب في الحصول على تحفة ، ويقبل على شرائها بالرغم من أن قيمتها المادية لا تعادل الثمن المطلوب فلا يعتبر مغبونا . لأن الاستغلال يتطلب أن يكون المغبون عاجزا عن تقدير قيمة ما يعطي وقيمة ما يأخذ بسبب ظروفه الخاصة كالطيش البين أو الهوى الجامح .

وعدم التعادل بين الالتزامات لم يرمز اليه المشرع برقم معين ، بل ترك للقاضي تقديره بالنظر الى ظروف العاقد وشروط العقد .

والاستغلال كما قد يقع في عقود المعاوضات ، قد يقع كذلك في أعمال التبرعات كالهبة أو الوصية ، لأن أعمال التبرعات فاقدة بطبيعتها لعنصر التعادل أي للعنصر المادي ، لأن المتبرع يعطي ولا يأخذ ، فاذا اضيف الى هذا العنصر ، العنصر الثاني وهو العنصر النفسي ، بأن استغل ما في المتبرع من ضعف ، تحقق عيب الاستغلال.

٢٨٥ ـ العنصر النفسي :

العنصر النفسي هو استغلال العاقد لما في المغبون من نقص ، وقد قصرت المادة ١٢٩/١ مدني حالات النقص على الطيش البين أو الهوى الجامح فقط ، اما المادة ٢١٤ موجبات فتصرفه الى حالات الضيق أو الطيش أو عدم الخبرة .

والطيش مرض في الشخص يمنعه من البصر بعواقب الأعمال وتقدير ما فيها من غبن .

والهوى الجامح رغبة شديدة تقوم في نفس الشخص ، ولو لم يكن معروفا بالطيش ، تفقده دون أن يدري سلامة الحكم على أعمال معينة هي موضوع هذه الرغبة . كأن يتزوج رجل طاعن في السن امرأة شابة . تستغل هواه لكي يبرم لصالحها عقودا تضر بأولاده .

والضيق يكون عادة ماليا أو اقتصاديا ، مستمرا أو مؤقتا ، حقيقيا أو صوريا يتوهمه العاقد . وهو كما قد يلم بالشخص الطبيعي قد يلم بالشخص المعنوي .

وعدم الخبرة هو الجهل بالأمور ، كالجهل بالعادات التجارية أو الحرفية أو الاجتماعية وهو ليس وقفا على غير المتعلم ، لأن الشخص المثقف اذا خرج عن دائرة نشاطه العادية ، فقد الخبرة اللازمة للبصر بنتائج الأعمال .

وسواء كان النقص الذي بالمغبون طيشا بينا أو هوى جامحا ، أو ضيقا . أو عدم خبرة ، فيجب أن يكون معلوما من الطرف الآخر وأن يقصد استغلاله .

٢٨٦ ــ جزاء الاستغلال :

جزاء الاستغلال في القانون المصري يتمثل في أحد أمرين هما : القابلية للابطال أو انقاص التزامات المتعاقد المغبون . ويسقط الحق في اقامة الدعوى بأي من هذين الجزاءين اذا مضت سنة على تاريخ العقد .

أما في القانون اللبناني فالجزاء هو ابطال العقد ، كما هو الأمر

بالنسبة لباقي عيوب الرضا ، وتنقضي الدعوى بنفس المدة المقررة لانقضاء الحق في باقي العيوب وهي عشر سنوات من وقت انكشـاف العيب أو انقطاعه .

٢٨٧ ــ حالات الغبن المادية :

بجانب الاستغلال توجد حالات أخذ فيها المشرع بفكرة الغبن المادية ، وفي هذه الحالات تقوم قيمة الشيء وفقا لقانون العرض والطلب دون نظر الى ظروف العاقد .

وهذه الحالات يتناولها المشرع بنصوص خاصة ، من ذلك حالة بيع عقار غير كامل الأهلية في القانون المصري (م ٤٢٥ مدني) ، وحالة مجاوزة سعر الفائدة (م ٢٢٧/١ مدني) . ففي الحالة الأولى اذا كان في البيـع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل . وفي الحالة الثانية اذا اتفق على فوائد تزيد على ٧ ٪ وجب تخفيضها الى هذا الحد .

الفرع الثاني

المحـل

٢٨٨ ــ التعريف بالمحل :

محل الالتزام هو ما يتعهد به المدين . وعادة يقال أن محل الالتزام أما أن يكون اعطاء شيء كنقل ملكيـة أو ترتيب حـق عيني تبعي كرهن على شيء ، واما أن يكون القيام بعمل كالتزام مقاول ببناء منزل ، واما بامتناع عن عمل كالتزام بائع المتجر بالامتناع عن مزاولة نفس التجـارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع .

وتقسيم محل الالتزام الى هذه الأنواع الثلاثة محل نظر ، لأنه في الالتزام باعطاء ، يلتزم المدين فقط بالقيام بعمل هو اتمام الاجراءات اللازمة لنقل أو ترتيب الحق كالقيام باجراءات التسجيل ، أما الحق نفسه فانه ينتقل أو يترتب بحكم القانون . ولذا فالأصح أن يقال أن محل الالتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

٢٨٩ ـ شروط المحل ـ احالة :

يشترط في محل الالتزام سواء كان عملا أو امتناعا عن عمل توافر شروط معينة نص عليها المشرع (م ١٣١ ـ ١٣٥ مدني و ١٨٦ ـ ١٩٢ موجبات) . وهذه الشروط هي : أولا ـ أن يكون موجودا أو ممكنا . ثانيا ـ أن يكون معينا أو قابلا للتعيين . ثالثا ـ أن يكون مشرعا [1] .

الفرع الثالث

السبب

٢٨٩ مكرر ـ سبب العقد وسبب الالتزام :

سبب العقد هو ما يدفع الشخص الى التعاقد ، والدافع أو الباعث على التعاقد ليس واحدا بالنسبة لمختلف العقود ، بل هو ليس واحدا بالنسبة للعقد الواحد لأنه يختلف باختلاف العاقد ، فقد يقترض شخص لسداد دين عليه ، ويقترض آخر لشراء عين يرغب فيها ، ويقترض ثالث للقيام برحلة ... وهكذا يختلف سبب العقد أي الدافع الى التعاقد باختلاف شخص المتعاقد .

---

(١) راجع البند ١٩٧ وما بعده .

أما سبب الالتزام أي ما يحمل الشخص على الالتزام فهو واحد لا يتغير في كل نوع من أنواع العقود ؛ ففي البيع مثلا سبب التزام المشتري بدفع الثمن الى البائع هو التزام البائع بتسليم المبيع اليه . وسبب التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري هو التزام المشتري بدفع الثمن له ؛ أي أنه في جميع البيوع سبب التزام البائع أو سبب التزام المشتري واحد لا يتغير •

وعلى هذا النحو يقال أنه في العقود التبادلية كالبيع والايجار سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر • وفي العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة ؛ سبب التزام المودع لديه بالرد ؛ هو التسليم• وفي التبرعات سبب التزام المتبرع هو نية التبرع •

٢٩٠ ــ شروط سبب العقد :

يشترط في سبب العقد أي الباعث الدافع الى التعاقد أن يكـــون مشروعا . أي ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب ؛ فمن يهب امرأة مالا بغرض ايجاد علاقة جنسية غير مشروعة يكون عقد الهبة الصادر منـــه باطلا •

٢٩١ ــ شروط سبب الالتزام :

يشترط في سبب الالتزام أن يكون موجودا ؛ فاذا تخلف السبب بطل الالتزام ؛ والسبب في عقود التبرع هو نية التبرع ، وفي العقود العينية هو واقعة تسليم الشيء ؛ وفي العقود الملزمة للجانبين هو التزام كل طرف، فاذا لم يوجد السبب في أي من هذه العقود بالمعنى السابق بطل العقد • ومن الأمثلة على انعدام السبب ما يسمى « بسند المجاملة » (effet de complaisance) وصورته أن يحتاج شخص الى مبلغ من المال ، فيلجأ

الى صديق له ، فيوقع له هذا الصديق سندا بمديونيته حتى يستطيع الحصول على قيمته عن طريق تحويله ، على أن يورد قيمته الى موقع السند عند حلول ميعاد الدفع حتى يستطيع الوفاء بقيمته لحامل هذا السند ، فهنا سبب الالتزام غير موجود ، ويمكن الاحتجاج بعدم وجوده فيما بين المدين ودائنه الصوري .

الفرع الرابع

جزاء الاخلال بركن من اركان العقد

٢٩٢ ــ الصحة والبطلان المطلق والبطلان النسبي :

يمكن التفرقة فيما يتعلق بالعقد بين حالات ثلاث هي : الصحة ، والبطلان المطلق ، والبطلان النسبي .

والحالة الأولى وهي الصحة تقوم اذا توافرت للعقد جميع أركانه من رضاء ومحل وسبب وشكل اذا كان من العقود الشكلية كالهبة ، وتوافر في كل ركن من هذه الأركان الشروط التي يتطلبها القانون .

والحالة الثانية وهي حالة البطلان المطلق وتتحقق اذا نقص العقد ركن أو أكثر من أركانه ، بأن كان الرضاء معدوما ، أو كان المحل مستحيلا أو غير معين أوغير مشروع ، أو كان سبب الالتزام غير موجود ، أو كان سبب العقد غير مشروع ، أو كانت الشكلية غير متوافرة حيث يتطلب القانون توافرها .

والحالة الثالثة وهي حالة البطلان النسبي وتتحقق اذا نقص العقد شرط من شروط الصحة بأن كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية أو كانت ارادته معيبة بعيب من عيوب الرضا وهي : الغلط والتدليس (الخداع) والاكراه (الخوف) والاستغلال .

٢٩٣ ـ من له التمسك بالبطلان :

ترجع علة بطلان العقد بطلانا مطلقا الى عدم توافر ركن من أركانه ، أي ترجع الى انعدام العقد قانونا . وما دامت علة البطلان راجعة الى عدم قيام العقد ، فيجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، كما يجوز لكل من الطرفين ولكل صاحب مصلحة التمسك به .

والمقصود بصاحب المصلحة هنا من له حق يؤثر فيه اتخاذ العقد الباطل مظهر العقد الصحيح ، وهذا هو الدائن ، والخلف العام كالوارث ، والخلف الخاص كالمشتري . فالدائن مثلا له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف الصادر من مدينه لأن مثل هذا التصرف اذا لم يتقرر بطلانه سيؤثر في الجانب الايجابي من ذمة المدين بالانتقاص منه . والخلف العام كالوارث له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف من المورث لرد العين المتصرف فيها الى التركة ، والخلف الخاص كالمشتري له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف السابق صدوره من البائع في شأن العين المبيعة حتى تخلص له هذه العين .

أما العقد القابل للابطال فلم تتقرر قابليه ابطاله الا لعلة توافرت في جانب أحد المتعاقدين ، وهي نقص في أهليته أو عيب في رضاه ، ولذا يكون لهذا المتعاقد وحده دون المتعاقد الآخر طلب ابطال العقد (م ١٣٨ مدني و ٢٣٤ موجبات) ، واذا توفي هذا المتعاقد قبل مباشرة حقه في طلب البطلان انتقل هذا الحق الى ورثته .

٢٩٤ ـ الاجازة :

الاجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد يزيل به المتعاقد عيبا في العقد يخوله الحق في طلب ابطاله ، ويسميها القانون اللبناني التأييد ،

وهي بهذا المعنى لا تلحق الا العقود القابلة للابطال ، لأن العقد القابل للابطال له وجود قانوني ويرتب كافة آثاره حتى يتقرر ابطاله فتزول هذه الآثار بأثر رجعي ، أو يثبت وجوده نهائيا بالاجازة ، فيعتبر صحيحا من وقت انعقاده وليس من وقت صدور الاجازة .

ويشترط في الاجازة أن تصدر بعد زوال العيب ، أي بعد بلوغ القاصر سن الرشد أو انكشاف الغلط أو انقطاع الاكراه مثلا والا لحقها نفس العيب ، كما يجب أن يكون المجيز عالما بالعيب اللاحق بالعقد وراغبا في تصحيحه .

٢٩٥ ـ التقادم :

الأصل أن العقد الباطل بطلانا مطلقا عدم ، والعدم لا يمكن بعثه ولهذا فان الدفع ببطلان العقد لا يتقادم مهما طالت المدة ، فمثلا اذا كان عقد البيع باطلا بطلانا مطلقا ، ولم يكن البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع ، ورفع عليه المشتري دعوى طالبا فيها التسليم ، فيستطيع البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان عقد البيع مهما مضى على العقد من زمن .

وقد كان يجب أن يكون الأمر كذلك بالنسبة لدعوى البطلان ، الا ان المشرع استجاب لمقتضيات الأمن المدني في المعاملات والتي تتطلب المحافظة على الأوضاع التي تمت واستقرت بمضي الزمن ، ولذا قرر سقوط دعوى البطلان بمضي المدة ، وهذه المدة هي خمس عشرة سنة من وقت العقد في القانون المصري (م ١٤١ مدني) ، وعشر سنوات في القانون اللبناني (م ٣٤٩ موجبات) .

أما العقد القابل للابطال فهو عقد موجود ومرتب لكافة آثاره حتى يقضي ببطلانه ، ولذا يجب على من له الحق في التمسك بابطاله أن يستعمل

حقه في خلال المدة التي حددها القانون ، فاذا انقضت هذه المدة دون أن يستعمل صاحب الحق حقه في طلب الابطال اعتبر متنازلا عن حقــه ، ولذا يمتنع عليه بعد ذلك أن يتمسك بالابطال بطريق الدعوى أو بطريق الدفع.

ومدة التقادم تختلف في القانون المصري باختلاف سبب الابطال ؛ فاذا كان سبب الابطال نقص أهلية العاقد ، فان الحق في التمسك بالبطلان ينقضي بمضي ثلاث سنوات من وقت بلوغ سن الرشد .

واذا كان سبب العيب اللاحق بالعقد هو الاكــراه أو الغلــط أو التدليس ، فان دعوى الابطال تتقادم اما بمضي ثلاث سنوات من وقت انقطاع الاكراه أو انكشاف الغلط أو التدليس ، واما بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد ، والعبرة في ذلك بأقصر الأجلين ، فمثلا اذا كان العيب اللاحق بالعقد هو التدليس ولم ينكشف الا بعد مضي ثلاث عشرة سنــة من تاريخ العقد ، فان الحق في الابطال يسقط بتمام الخمس عشرة سنة ، أي بمضي السنتين الباقيتين لهذه المدة ، وليس بمضي ثلاث سنوات من وقت انكشافه .

أما بالنسبة للاستغلال فقد قرر المشرع المصري مدة أقصر من المدة المقررة في شأن باقي عيوب الارادة ، اذ نص في المادة ١٢٩ مدني علــى وجوب رفع الدعوى في خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة.

أما في القانون اللبناني فمدة تقادم دعوى الابطال هي عشر سنــوات تبدأ من اليوم الذي يزول فيه العيب (م ٢٣٥ موجبات) .

٢٩٦ ـ اثر تقرير البطلان :

اذا تقرر بطلان العقد سواء كان مطلق البطلان أو قابلا للابطال ، اعتبر العقد كأن لم يوجد ، فاذا لم يكن تنفيذه قد تم بعــد من أي من

المتعاقدين ، اعتبر الوضع السابق على التعاقد قائما بينهما ، فلا دائن هناك ولا مدين • أما اذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان فيجب رد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فاذا كان العقد بيعا مثلا رد المشتري المبيع الى البائع مع الثمار ، ورد البائع الثمن الذي قبضه مع الفوائد •

واذا كان الرد مستحيلا لهلاك العين في يد المشتري ، أو لأن العقد من عقود المدة كالايجار ، وكان المستأجر قد انتفع بالعين المؤجرة قبل تقرير البطلان ، وجب الحكم بتعويض معادل • ولا يستثنى من هذه القاعدة الا ناقص الأهلية ، فاذا أبطل العقد لنقص أهليته فلا يرد الا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م ١٤٢/٢ مدني) ؛ كما لو اشترى بالثمن الذي قبضه عقارا ، أما اذا كان قد أنفقه في اللهو فلا يلزم بالرد •

واذا كان المشتري بعقد باطل قد تصرف في العين التي اشتراها بالبيع الى شخص آخر مثلا ، فانه يترتب على بطلان سندالمشتري الأول بطلان سند المشتري الثاني ؛ ويتعين على هذا الأخير رد العين الىمالكها الأصلي• غير أن هذا المبدأ تحد منه القواعد الخاصة بحماية الغير حسن النية ، سواء تعلق حق الغير بمنقول أو بعقار •

فاذا تعلق حق الغير بمنقول فيمكن الاستفادة من قاعدة الحيازة في المنقول بحسن النية سند الملكية لحماية هذا الغير (م ٩٧٦ مدني) ، واذا تعلق بعقار فيمكن الاستفادة من قاعدة وجوب شهر دعوى البطلان للاحتجاج بالحكم الصادر فيها في مواجهة الغير ، فاذا لم تشهر دعوى البطلان فلا يحتج بالحكم الصادر فيها في مواجهته ويظل العقار ملكا له •



الفصل الثاني

نطاق العقد

أو

نسبية آثار العقد

٢٩٧ ـ قصور حكم العقد على عاقديه :

اذا استجمع العقد أركانه ، وتوافرت في كل ركن شروطه ، انعقد العقد صحيحا وترتبت عليه آثاره . وآثار العقد تتحدد من حيث نطاقهـا بطرفيه ، فلا تنصرف الى الغير ، وهذا ما يعرف بقصور حكم العقد على العاقدين أو بنسبية آثار العقد .

ولكن ما المقصود بكلمة طرف العقد ، هل يقتصر مدلول هـذه الكلمة على العاقد نفسه أم ينصرف كذلك الى خلفائه ؟ للاجابة على هذه الأسئلة سنتناول بالبحث أولا أثر العقد بالنسبة الى الخلف ، وثانيا أثر العقد بالنسبة الى الغير .

الفـرع الاول

اثر العقد بالنسبة الى الخلف

٢٩٨ ـ الخلف العام والخلف الخاص :

لا يقتصر أثر العقد على العاقد ، سواء باشر العقد بنفسه أم بواسطة

نائب عنه ؛ بل ينصرف كذلك الى خلفائه ؛ وهم من يمثلهم في العقـد . والخلف اما أن يكون خلفا عاما ؛ واما أن يكون خلفا خاصا .

والخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها ، وهذا هو الوارث لكل التركة ؛ أو من يخلفه في جزء منها باعتبارها مجموعة مالية ؛ وهذا هوالوارث لجزء منالتركـة أو الموصي له بحصـة بها كالثلث أو الربع .

وظاهر من التعريف السابق للخلف العام ؛ أنالشخص لا تلحق بـه هذه الصفة الا في حالة وفاة السلف فقط .

أما الخلف الخاص فلا يخلف السلف في جملة ذمته المالية أو في حصة منها كالثلث ؛ بل يخلفه في حق عيني على شيء معين أو في ملكيـة شيء معين ؛ كالمشتري ؛ والموهوب له ، والموصى له بعين معينـة بالـذات . وسنتناول فيما يلي الكلام في الخلف العام ثم في الخلف الخاص .

المبحـث الأول

الخلـف العـام

٢٩٩ ـ القاعدة العامة في شأن انصراف أثر العقد الى الخلف العام :

الأصل فيما يتعلق بالخلف العام أنه يخلف السلف في ذمته المالية أو في حصة منها في كل ما تتناول هذه الذمة من حقوق والتزامات ، ولـذا تنصرف اليه آثار العقود التي عقدها السلف سواء فيما ترتبه من حقوق أو ما ينتج عنها من التزامات (م ١٤٥ مدني) .

وقاعدة انصراف أثر العقد الذي يعقده السلف الى الخلف العام من شأنها جواز الاحتجاج على الخلف العام بالتصرف الحقيقي المعقود مـن

السلف في حالة الصورية ، وبالتاريخ الذي يحمله العقد ولو لم يكن ثابتا .

٢٠٠ ـ الاستثناءات الواردة على القاعدة :

يستثنى من القاعدة السالفة في شأن انصراف آثار العقد الذي يعقده السلف الى الخلف العام الاستثناءات الآتية :

أولا ـ اذا اتفق المتعاقدان على قصر آثار العقد عليهما وعدم انصرافها الى ورثة أحدهما كما لو اتفقا في عقد وعد بالبيع على انقضاء العقد في حالة وفاة أحدهما .

ثانيا ـ اذا كانت طبيعة العقد لا تتفق وانتقال الآثار التي يرتبها الى الخلف العام ، كما هو الأمر في كافة الالتزامات التي يراعى فيها شخصية العاقد ، كالالتزامات التي تترتب على عقود المهندس أو المحامي فيما يتصل بأعمال مهنته .

ثالثا ـ اذا كان هناك نص قانوني يقضي بانقضاء العقد بوفاة العاقد ، من ذلك ما تقرره المادة ١/٩٩٣ مدني من أنه « ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع . وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين » . أي أن حق الانتفاع المقرر للمورث على عين ما ، لا ينتقل بوفاته لورثته .

٢٠١ ـ متى يأخذ الخلف العام حكم الغير بالنسبة الى تصرفات السلف ؟ :

ذكرنا أن القاعدة العامة فيما يتعلق بالخلف العام هي انصراف آثار عقود السلف اليه . غير أن هناك حالة يعتبر فيها الخلف العام من الغير بالنسبة الى تصرفات سلفه ، وهي حالة ما اذا تناولت هذه التصرفات حقه

في التركة ، لأن أحكام الميراث من النظام العام فلا يجوز للمورث الخروج عليها ، ولذا أحاط المشرع حق الوارث بضمانات عديدة بغية حمايته ، من ذلك ما قرره المشرع المصري من عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة الا اذا أجازوها بعد وفاة مورثهم ، وأنه يأخذ حكم الوصية كل تصرف يصدر من المورث في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، وأنه لا يحتج عليهم بتاريخ هذا التصرف اذا لم يكن ثابتا ، وأن لهم اثبات صورية التاريخ العرفي الذي يحمله التصرف بكافة طرق الاثبات .

المبحث الثاني

الخلف الخاص

٣٠٢ ـ تحديد مركز الخلف الخاص :

ذكرنا فيما تقدم أن الخلف الخاص لا يخلف السلف في ذمته المالية أو في حصة منها : بل يخلفه في ملكية شيء أو في حق عيني آخر على شيء ، كالمشتري والموهوب له والدائن المرتهن . أما من يتقرر له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يعتبر خلفا خاصا له : بل يعتبر دائنا له ، كما هو الشأن في علاقة المستأجر بالمؤجر ، فالمستأجر ليس خلفا للمؤجر بل دائنا لـه .

والأصل أن الخلف الخاص لا تنصرف اليه آثار العقود التي يعقدها السلف الا اذا تعلقت بالشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص ، وبشرط توافر شرطين (م ١٤٦ مدني) هما :

أولا ـ أن يكون الحق أو الالتزام الذي رتبه العقد الذي عقده السلف ، من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص .

ويعتبر الحق من مستلزمات الشيء اذا كان مكملا له كعقود التأمين على العين مثلا ، ويعتبر الالتزام من مستلزمات الشيء اذا كان يحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن في قيود البناء الاتفاقية .

ثانيا ــ أن يعلم الخلف الخاص بالحق أو الالتزام المعتبر من مستلزمات الشيء الذي انتقل اليه ، ويستوي في ذلك العلم الحقيقي ، والعلم المفترض من شهر العقود الصادرة من السلف .

الفرع الثاني

أثر العقد بالنسبة الى الغير

٣٠٣ ــ القاعدة العامة في شأن عدم انصراف آثار العقد الى الغير :

القاعدة أن أثر العقد لا ينصرف الي غير العاقد أو من يمثله ، أي لا ينصرف الى الغير الأجنبي عن العقد ، فلا يحمله التزاما ولا يكسبه حقا (م ٢٢٥ موجبات) ، والقاعدة في شقها السلبي أكثر اطلاقا منها في شقها الايجابي ، ولذلك نصت المادة ١٥٢ مدني على أنه « لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا » . وهذه المادة تشير في الواقع الى التعهد عن الغير باعتباره تطبيقا للجانب السلبي في القاعدة ، والى الاشتراط لمصلحة الغير باعتباره استثناء من الجانب الايجابي فيها .

المبحث الأول

التعهد عن الغير

٣٠٤ ــ ماهية التعهد عن الغير :

التعهد عن الغير ليس الا تطبيقا للقاعدة العامة في قصور حكم العقد على عاقديه ، فاذا وعد شخص بأن يحمل الغير على الالتزام بأمر ونصب نفسه زعيما بذلك ، فلا يكون من أثر هذا التعهد الزام الغير ، اذ غاية الأمر

ان الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شيء : هو الحصول على اقرار الغير للوعد الذي بذله ٠

والتعهد عن الغير يقصد به عادة علاج حالة لا يمكن معها الانتظار للحصول على رضاء صاحب الشأن ، كما لو عرض شخص على الشركاء المشتاعين شراء المال الشائع بثمن مرتفع ولم يكن أحدهم حاضرا ، فخشية ضياع الفرصة يقبل الشركاء المشتاعون التعاقد عن أنفسهم والتعهد عن شريكهم الغائب بأنه سيقبل البيع ٠

٣٠٥ ـ شروط التعهد عن الغير :

يفترض التعهد عن الغير توافر شروط ثلاثة (م ١٥٣ مدني و ٢٢٦ موجبات) هي :

أولا ــ أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يظل أجنبيا تماما عن هذا التعاقد ٠

ثانيا ــ يجب أن يكون الغرض من التعهد الزام المتعهد نفسه لا الزام الغير : اذ الغير لايلزم الا اذا أقر التعهد، فان رفضه فلا يكون لمن تعاقد مع المتعهد الا الرجوع على هذا الأخير بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه ٠

ثالثا ــ يجب أن يكون محل التزام المتعهد هو القيام بعمل ، هذا العمل هو حمل الغير على قبول التعهد ٠ والتزام المتعهد يتميز بأنه ليس التزاما ببذل عناية بل التزاما بتحقيق نتيجة ، بمعنى أنه لا يكفي في تنفيذ التزامه أن يبذل غاية جهده لحمل الغير على قبول التعهد ، بل يجب أن يحصل فعلا على قبوله لهذا التعهد ٠

٣٠٦ ـ احكام التعهد عن الغير :

للغير مطلق الحرية في قبول أو رفض التعهد الصادر من المتعهد ،

ولا يترتب على رفضه أية مسؤولية عليه • واذا قبله ينعقد عقد جديد بين هذا الغير وبين المتعاقد الآخر مع المتعهد ؛ ويستند تاريخ هذا العقد الجديد الى وقت صدور القبول من الغير وعلم الطرف الآخر به ؛ فلا يكون له أثر رجعي يرتد الى تاريخ العقد الأول الا اذا قصد الغير ذلك صراحة أو ضمنا •

واذا رفض الغير قبول التعهد يكون لمن تعاقد مع المتعهد الرجوع على هذا الأخير بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الرفض • على أنه يجوز للمتعهد أن يتلافى الحكم عليه بالتعويض ، بأن يقوم بالوفاء عينا بالالتزام الذي رفض الغير قبوله ؛ اذا كانت طبيعة هذا الالتزام لا تأبى ذلك ، بأن كان غير متصل بشخص الغير •

المبحث الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير

٣٠٧ ـ التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير ، عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشترط ، على شخص آخر يسمى المتعهد ؛ بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع • ومثال ذلك عقد التأمين ؛ وفيه يتعاقد المستأمن (المشترط) لمصلحة وارث معين أو ورثته (المنتفع) مع شركة التأمين (المتعهد) ؛ فيكون للوارث أي المنتفع حقا مباشرا قبل شركة التأمين للمطالبة بمبلغ التأمين •

٣٠٨ ـ شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير :

لكي ينعقد عقدالاشتراط صحيحا يجب أن تتوافر شروط معينة (م ١٥٤ مدني و ٢٢٧ موجبات) وهي :

أولا ــ يجب أن يتعاقد المشترط باسمه هو مع المتعهد ، دون أن يدخل المنتفع طرفا في العقد . ويجب أن تتجه ارادة المشترط والمتعهد الى انشاء حق مباشر للمنتفع أي المستفيد الذي يظل أجنبيا عن العقد .

ثانيا ــ لا يشترط في المنتفع الا أن يكون موجودا وقت أن يرتب الاشتراط أثره . فان لم يكن موجودا في هذا الوقت بطل الاشتراط ؛ ولا يترتب على بطلان الاشتراط بطلان العقد نفسه الذي تضمن هذا الاشتراط . بل يظل صحيحا وتتحول الفائدة التي يحققها الى المشترط أو ورثته . مثال ذلك عقد تأمين لمصلحة ولد المؤمن له ؛ فان مات دون ولد انتقل الحق في مبلغ التأمين الى ورثته كجزء من تركته .

ثالثا ــ يجب لصحة الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط لغيره : وهذه المصلحة قد تكون مادية أو أدبية . ومثال المصلحة المادية أن يشترط البائع على مشتري العقار المرهون دفع الثمن للدائن المرتهن . ومثال المصلحة الأدبية أن يعقد الشخص تأمينا لمصلحة ولده ؛ ويتوسع الفقه والقضاء في تصوير فكرة المصلحة الأدبية حتى انه يذهب الى أن في مجرد الاشتراط لمصلحة الغير ما يفترض وجودها .

٣٠٩ ــ آثار الاشتراط لمصلحة الغير :

يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاثة أنواع من العلاقات القانونية وهي : العلاقة بين المشترط والمتعهد ، والعلاقة بين المشترط والمنتفع ، وأخيرا العلاقة بين المتعهد والمنتفع ، وسنبحث فيما يلي في كل من هذه العلاقات .

٣١٠ ــ علاقة المشترط والمتعهد :

يحكم العلاقة بين المشترط والمتعهد العقد الذي تم بينهما ، وقد يكون هذا العقد هبة مع تكليف مقرر على المتعهد لمصلحة المنتفع ، أو عقد

تأمين على الحياة يكون المشترط هو المؤمن له ، والمتعهد هو شركة التأمين، والمنتفع هو المستحق لمبلغ التأمين .

وللمشترط بموجب المصلحة المادية أو الأدبية التي له في الاشتراط أن يراقب تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع ؛ فان قصر في ذلك كان لـه المطالبة بالتنفيذ أو بالتعويض أو بالفسخ .

٣١١ ـ علاقة المشترط بالمنتفع :

تتحدد علاقة المشترط بالمنتفع بالدافع الى الاشتراط ؛ فقد يكـون هذا الدافع هو قصد التبرع من جانب المشترط للمنتفع ؛ أو قصد انهاء أو انشاء علاقة معارضة بينهما .

فاذا كان المقصود من الاشتراط هو التبرع للمنتفع ، فان الاشتراط في هذه الحالة يكون في علاقة المشترط بالمنتفع هبة مستترة ؛ ولذا لا يخضع للشروط الشكلية في الهبة ، وان خضع لشروطها الموضوعية من وجـوب توافر أهلية التبرع في المشترط .

٣١٢ ـ علاقة المتعهد بالمنتفع :

يكتسب المنتفع كما سبق أن ذكرنا حقا مباشرا من عقد الاشتـراط الذي تم بين المشترط والمتعهد ، ولذا يصبح دائنا شخصيا للمتعهد ، لـــه مطالبته بتنفيذ التزامه ؛ والرجوع عليه بالتعويض في حالة امتناعه . ولكن ليس له أن يطلب فسخ عقد الاشتراط في حالة عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه لأنه ليس طرفا في العقد .

٣١٣ ـ حق المشترط في نقض المشارطة :

يستند المنتفع حقه من عقد الاشتراط المبرم بين المشترط والمتعهـد ، وهذا الحق قابل للنقض من قبل المشترط طالما لم يعلن المنتفع رغبته فـي

لاستفادة من المشارطة ، فان أعلن قبوله للاشتراط انقضى حق المشترط في النقض •

وحق النقض هذا يعتبر حقا شخصيا للمشترط فلا يجوز لدائنيه أو لورثته مباشرته (م ١٥٥ / ١ مدني و ٢٣١ / ٢ موجبات) . والعلة في هذا أن الدائن . لو خول هذا الحق . فلن يحجم عن استعماله خاصة اذا كان مدينه معسرا . وأن الوارث لن يتردد في مباشرته مدفوعا في ذلك بعامل المصلحة الشخصية . فحماية لحق المنتفع قصر المشرع حق النقض على المشترط وحده دون دائنيه أو ورثته •

واذا نقض المشترط المشارطة ، أي نقض حق المنتفع ، فقد يحل منتفعا آخر محله . وهو ما يقع عادة في عقود التأمين على الحياة ، وقد لا يحل أحدا محله . وفي هذه الحالة يضاف الحق الناشيء من المشارطة الى المشترط . وتنقلب المشارطة الى عقد عادي •

الفصل الثالث

تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية

٣١٤ ـ القوة الملزمة للعقد :

يترتب على انعقاد العقد صحيحا نشوء رابطة قانونية بين طرفيه تسمى بالرابطة التعاقدية ، وهي رابطة ملزمة للمتعاقدين الدائن منهما والمدين . ويعبر عنها المشرع بقوله « العقد شريعة المتعاقدين » (م ١٤٧ مدني) • ويترتب على هذه الرابطة وجوب تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد من ناحية ، وعدم جواز حل هذه الرابطة بارادة أحد المتعاقدين فقط الا في حالات خاصة نص عليها المشرع صراحة •

وسنتناول في هذا الفصل الكلام في تنفيذ العقد ، وما يترتب على عدم التنفيذ من قيام مسؤولية العاقد ، ثم في أسباب زوال الرابطة التعاقدية •

الفرع الأول

تنفيذ العقد

٣١٥ ـ تحديد الموضوع :

يلتزم المتعاقد بمقتضى العقد الصحيح بتنفيذ الالتزامات التي

يرتبها هذا العقد في ذمته • وموضوع تنفيذ العقد يثير مسائل ثلاث هي : تفسير العقد ، وتحديد مضمونه ، واحترام قانون العقد •

المبحث الأول

تفسير العقد

٢١٦ ـ قواعد التفسير :

تفسير العقد من عمل القاضي ، غير أن المشرع لم يترك للقاضي كامل الحرية في شأن تفسير العقود ، بل ألزمه باتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن مهمته الأصلية وهي تفسير العقد ، الى التعديل فيه • وقد تناول المشرع المصري هذه القواعد في المادتين ١٥٠ و ١٥١ مدني ، كما نص عليها المشرع اللبناني في المواد ٣٦٦ الى ٣٧١ موجبات •

وبمراجعة المواد السابقة يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين ثلاث حالات وهي : حالة وضوح عبارة العقد ، وحالة غموض عبارة العقد ، وحالة الشك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين •

٢١٧ ـ وضوح عبارة العقد :

اذا كانت العبارة واضحة وجب ان تعد تعبيرا صادقا عن الارادة المشتركة للمتعاقدين ، ولا يجوز الانحراف عن هذه العبارة عن طريق التفسير أو التأويل ، بل يجب افتراض أن هذه العبارة الواضحة معبرة لحقيقة ارادة المتعاقدين الباطنة •

ولكن قد تكون عبارة العقد ، بالرغم من وضوح لفظها ، مخالفة للارادة الباطنة ، ويحدث ذلك اذا أساء المتعاقد تخير اللفظ ، بأن اعتقد خطأ أنه يؤدي الى المعنى الذي قصده ، ولا يتنبه الى خطئه الا عند تنفيذ

العقد ، فيثور النزاع بينه وبين العاقد الآخر على حقيقة المقصود من عبارة العقد ، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي اذا طرح عليه النزاع ألا يقف عند المعنى الحرفي للفظ ، بل يجب عليه البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لتفسير العقد على هداها ، وعلى هذا نصت صراحة المادة ٣٦٦ موجبات •

٢١٨ ـ غموض عبارة العقد :

اذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمة بحيث تحتمل ، في جزئياتها أو في جملتها ، أكثر من معنى تعين الالتجاء الى التفسير • ومن العوامل التي يسترشد بها القاضي في تفسير العقد ما أشار اليه المشرع المصري في المادة ٢/١٥٠ مدني من وجوب الاستهداء بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات •

فأما طبيعة التعامل فيقصد به نوع العقد وطبيعته ، وأما الأمانة والثقة فيقصد بهما شرف التعامل في تفهم كل متعاقد للتعبير عن الارادة الصادر من المتعاقد الآخر ، فلا يجوز لأحد المتعاقدين اذا استبان ما في تعبير المتعاقد الآخر من خطأ أو لبس أو قصور أن يستغل هذا النقص في تحقيق فائدة لا حق له فيها ، وأما عرف التعامل فالاعتداد به في تفسير العقد راجع الى افتراض علم المتعاقدين به ؛ وأن السكوت عن ذكر ما يخالفه قرينة على انصراف نيتهما الى العمل بمقتضاه •

وبجانب العوامل السابقة أشار المشرع اللبناني الى عوامل أخرى وهي أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا (م ٣٦٨ موجبات) ، وأنه اذا تحملت عبارة واحدة أكثر من معنى فيجب استبعاد المعنى الذي يجردها من الأثر القانوني (م ٣٦٧ موجبات) •

أخيرا يجوز للقاضي أن يستعين في تفسير العقد بالظروف التي أحاطت بالتعاقد ، وبالطريقة التي أخذ بها المتعاقدان في تنفيذ العقد .

٣١٩ ـ حالة الشك في التعرف على الارادة المشتركة :

اذا تعذر على القاضي التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من اعمال قواعد التفسير السابقة الذكر ، تعين عليه في هذه الحالة تفسير الشك في مصلحة المدين (م ١/١٥١ مدني و ٣٦٩ موجبات) .

ويمكن رد هذه القاعدة الى أن الأصل هو براءة الذمة ، فاذا ادعى الدائن ما يخالف هذا الأصل تعين عليه اثبات ادعائه باقامة الدليل على وجود الدين ، وعلى مدى التزام المدين .

وهذه القاعدة واجبة الاتباع ولو كان العقد من العقود التبادلية ، لأن على كل طرف اثبات الشرط الذي يدعي أنه في مصلحته .

٣٢٠ ـ التفسير في عقود الاذعان :

اذا كانت القاعدة في حالة الشك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين ، هو تفسير الشك في مصلحة المدين ، الا أنه في عقود الاذعان، يتعين تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا (م٢/١٥١ مدني) ، لأن الشروط الغامضة ليست من عمله بل من عمل الطرف الآخر الذي يملي ارادته ويفرض شروط التعاقد ، فاذا كان فيها لبس أو ابهام فمن العدل أن يتحمل هذا الأخير نتيجة تقصيره في ايضاح شروط العقد .

المبحث الثاني

تحديد مضمون العقد

٣٢١ ـ استكمال العقد :

بعد أن يفرغ القاضي من تفسير العقد ، ينتقل الى تحديد مضمونه

وتحديد مضمون العقد لا يقتصر على ما ورد في العقد وفقا للارادة المشتركة للمتعاقدين ، بل يتناول كذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد ، والى هذا أشارت المادتان ٩٥ و ١٤٨ من ا لتقنين المدني المصري ، والمواد ٢٢١ و ٣٧٠ و ٣٧١ من قانون الموجبات اللبناني .

وباستقراء أحكام هذه المواد يتبين أنه يرجع في استكمال ما نقص من مضمون العقد الى طبيعة الالتزام ، والقانون ، والعرف ، والعدالة .

٣٢٢ - طبيعة الالتزام :

يرجع الى طبيعة الالتزام لتحديد مضمونه ، فمثلا في بيع العقار يعتبر من مستلزمات المبيع مفاتيح المنزل ومستندات التمليك والحقوق والدعاوي المرتبطة به ، كحقوق الارتفاق المقررة له .

وفي بيع المنقول نجد تطبيقات عديدة لما يعتبر من مستلزمات الشيء وفقا لطبيعته، فمثلا بيع جواد أصيل من نتاج فحل مشهور يشمل الأوراق المثبتة لصحة سلالته ، وبيع شهادة الاختراع يتضمن اطلاع المشتري على أسرار استعماله ، وبيع الأسهم والسندات يشمل قسائم الأرباح والفوائد ، وبيع مكتب من مكاتب الأعمال أو من مكاتب المحاماة يشمل كافة المستندات وملفات القضايا حتى التي صدرت فيها أحكام نهائية ... وهكذا .

٣٢٣ - القوانين المكملة والمفسرة :

قد لا يتناول المتعاقدان بالتنظيم كافة المسائل التي يتطلبها التعاقد ، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي الرجوع الى القواعد المكملة أو المفسرة التي أوردها المشرع في موضوع العقد باعتبار أن ارادة المتعاقدين قد اتجهت اليها بسكوتهما عن ذكر ما يخالفها . من ذلك ما نص عليه المشرع

في شأن مكان وزمان تسليم المبيع ، ومكان وزمان الوفاء بالثمن ، وما يرجع به المشتري على البائع اذا ظهر عيب خفي في المبيع ... وهكذا .

٣٢٤ ـ العرف :

كثيرا ما يساعد العرف على تحديد مضمون الالتزام ، من ذلك ما جرى به العرف في شأن التعامل مع بعض المحلات العامة كالفنادق والمقاهي والمطاعم من اضافة نسبة مئوية الى قائمة الحساب مقابل الخدمه . فهذا الذي جرى به العرف يؤخذ في تحديد مضمون التزام العميل ولو لم يذكر له .

٣٢٥ ـ العدالة :

تعتبر قواعد العدالة الملاذ الأخير للقاضي في تحديد مضمون الالتزام اذا لم تسعفه في ذلك أحكام القانون أو العرف ، من ذلك ما قرره القضاء من وجوب التزام العامل بالمحافظة على أسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقدالعمل ، وما قرره فيما يتعلق بعقود نقل الأشخاص من تضمين هذه العقود لالتزام ضمان السلامة .

المبحث الثالث

احترام قانون العقد

٣٢٦ ـ منهج البحث :

يقصد باحترام قانون العقد مراعاة حسن النية في تنفيذ ما يرتبه من التزام ، والوفاء بكل مضمون الالتزام . والنتيجة الطبيعة لهذا المبدأ هي حرمان المتعاقد من الأنفراد بنقض أو تعديل العقد ، بل وحرمان القاضي

كذلك من المساس بمضمون العقد . غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء خاص بما يسمى بنظرية الظروف الطارئة .

وعلى ذلك سنتكلم أولا في القاعدة العامة في شأن قانون العقد ، ثم في الاستثناء أي في نظرية الظروف الطارئة .

المطلب الأول

القاعدة العامة في شان قانون العقد

٢٢٧ ـ مضمون القاعدة :

تنص المادة ١٤٧/١ مدني على أن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون » . وتقضي المادة ١٤٨/١ مدني بأنه « يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » [١] .

وظاهر من هاتين المادتين أن القاعدة هي وجوب النزول على حكم قانون العقد في تنفيذ ما اشتمل عليه ، ويكون ذلك : أولا عن طريق امتناع كل طرف من طرفيه عن التصدي للعقد بالنقض أو التعديل ، وثانيا بمراعاة حسن النية في تنفيذ ما رتبه من التزامات .

٢٢٨ ـ التزام قانون العقد في عدم جواز نقضه او تعديله الا بالاتفاق :

العقد وليد الاتفاق وعلى ذلك لا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق

---

(١) راجع المواد ٢٢١ و ٢٤٥ و ٢٤٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

آخر ، أو بعبارة أخرى أنه ليس لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض العقــد أو تعديله الا أن يكون قد أذن في ذلك من المتعاقد الآخر أو من المشرع في الحالات الخاصة التي يحددها بنص صريح ، من ذلك جواز رجوع الواهب في الهبة اذا رزق ولدا (م ٥١٠/ج مدني و ٥٢٤/٣ موجبات) .

وقاعدة احترام قانون العقد لا تلزم المتعاقدين فقط ، بل والقاضي كذلك ، فليس للقاضي أن يخرج على قانون العقد فينقض ما اتفق عليــه المتعاقدان أو يعدل في مدى التزاماتهم الا في الحالات الخاصة التي أجاز له المشرع فيها ذلك .

٣٢٩ ــ مراعاة حسن النية في تنفيذ العقــد :

تخضع العقود جميعا سواء فيما يتعلق بانعقادها أو تحديد مضمونها أو كيفية تنفيذها لمبدأ حسن النية ، ولذا يعتبر هذا المبــدأ من المبــادىء الأساسية في القانون الحديث . واحترام هذا المبدأ لا يفرض على المدين فقط في تنفيذ التزامه ، بل وعلى الدائن في اقتضاء حقه ، فمما يتعارض مع مبدأ حسن النية أن يتعمد الدائن عدم استيفاء الدين حتى يستمر سريان الفوائد في ذمة المدين .

المطلــب الثانــي

نظريــة الظــروف الطارئــة

٣٣٠ ــ الحاجــة الــى النظريــة:

يتعرض المدين اذا لم يكن العقد واجب النفاذ حال انعقــاده ، الــى احتمال تغير ظروف التعاقد عند التنفيذ عما كانت عليــه وقت الانعقــاد ، وهذا الاحتمال كما قد يكون نافعا له قد يكون ضارا به ، كمــا لو كان

العقد من عقود التوريد فارتفعت الأسعار لظرف طارىء كالحـرب مثـلا بحيث أصبح السعر الذي يحصل به المدين على السلعة الملزم بتوريدهـا أكبر من السعر الذي يبيع به في عقد التوريد • وتقس هذا الاحتمال كمـا قد يوجد في جانب المدين قد يوجد في جانب الدائن ، كما لو كان العقـد من عقود الايجار الطويلة المدة وانخفض سعر العملة ، فأصبحت الأجـرة المتفق عليها لا تكفي لتغطية مصاريف صيانة العين المؤجرة ، وطبيعي أنه في الحالتين سيضار المتعاقد ، فرفعا لهذا الضرر اتجه الفكر القانوني الى ايجاد نظرية الظروف الطارئة والتي من شأنها رد الالتزام المرهـق بسبب تغيير الظروف الى الحد المعقول •

٣٣١ ـ شروط الاخذ النظرية :

تنص المادة ١٤٧/٢ مدني على أنه « ومع ذلـك اذاطرأت حـوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثهـا أن تنفيـذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقـا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول • ويقع باطلا كل اتفـاق على خلاف ذلك » •

وظاهر من هذا النص أن لنظرية الظروف الطارئة شروط معينة ينبغي توافرها لكي يطبق حكمها ، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : أن يكون العقد المراد اعمال النظرية في شأنـه من العقود المتراخيـة التنفيذ ، سواء كان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة أي من العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ ، أم كان من العقود الفوريـة ولكن كان تنفيذه مؤجلا [1] •

---

(١) لا تنصرف هذه النظرية الى عقد القرض (م ١٣٤ مدني) .

الشرط الثاني : أن يطرأ بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام كحرب أو ثورة أو زلزال أو اضراب مفاجيء أو قيام تسعيرة أو الغاؤها ... الخ . وعلى هذا لأساس يجب استبعاد الظروف الخاصة بالمدين كمرضه أو افلاسه .

الشرط الثالث : أن يكون الحادث الاستثنائي العام غير متوقع وغير مستطاع دفعه .

الشرط الرابع : أن يؤدي الحادث المفاجيء الى جعل الالتزام مرهقا للمدين دون أن يصل الأمر الى حد استحالة تنفيذه .

٢٣٢ ـ سلطة القاضي وفقا لهذه النظرية :

اذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضي تعديل العقد، والتعديل يكون برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ولا قيد على القاضي في تخير نوع التعديل ، فقد يرى انقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل بما يؤدي الى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين ، وقد يكون أيضا بوقف تنفيذ العقد بعض الوقت لأن الحادث المفاجيء مقدر له الزوال في زمن قريب ، بشرط ألا يكون في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن .

الفرع الثاني
جزاء عدم التنفيذ
او
المسئولية العقدية

٢٣٣ ـ اركان المسئولية :

المسئولية العقدية هي جزاء عدم تنفيذ العقد . وتنفيذ العقد تنفيذا

عينيا واجب اذا كان ذلك ممكنا وطلبه الدائن ، كما لو كان محل الالتزام مبلغا من النقود .

غير أنه في بعض الأحيان قد لا يكون تنفيذ الالتزام عينا من الأمور الممكنة ، وذلك اما لهلاك محله اذا كان التزاما باعطاء شيء ، أو لضرورة قيام المدين به طواعية اذا كان التزاما بعمل . أو لسبق وقوع المخالفة اذا كان التزاما بامتناع عن عمل . وفي جميع هذه الصور لا يكون أمام الدائن الا المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية . ولكن لكي تقوم هذه المسئولية لا بد من توافر أركان ثلاثة هي : الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر .

٣٢٤ ـ الخطــأ :

يتوافر الخطأ اذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا الى فعل المديــن . ونسبة واقعة عدم التنفيذ الى فعل المدين هي بيت القصيــد في مشكلــة اثبات الخطأ العقدي . ويتعين هنا التفرقــة بين الالتزام بتحقيــق نتيجة والالتزام ببذل عناية .

ففي النوع الأول يكفي أن يثبت الدائن عدم تحقق النتيجــة حتى يفترض أن ذلك يرجع الى خطأ المدين ، كأن يثبت العميل عدم وصــول البضاعة في الموعد المتفق عليه .

وفي النوع الثاني يجب على الدائن اثبات أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه العناية الكافية . وتقاس هنا بعناية الشخص العــادي ، كعدم عناية المودع عنده بالوديعة فان أثبت ذلك قام الدليل على خطأ المدين .

٣٣٥ ـ الضرر :

لا بد من أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن حتى يكون له الحق في التعويض . والضرر قد يكون ماديا يصيب الانسان في جسمه أو ماله ، وقد يكون أدبيا يصيب الشخص في مشاعره ، كالألم الذي يصيب الشخص من جراء فقد عزيز عليه ، أو من جراء خدش شرفه .

والضرر يجب أن يكون محققا ، وهو يكون محققا اذا كان حالا أي وقع فعلا ، أما اذا كان مستقبلا ، فقد يكون محقق الوقوع وقد يكون محتملا ، فان كان محتملا فلا يجوز طلب التعويض عنه في الحال .

ويتصل بالضرر المحتمل ما يسمى بفوات الفرصة ، كما لو قصر أحد المحامين في رفع استئناف عن حكم في الميعاد ، فضاعت على موكله فرصة كسب القضية . وفي هذه الصورة اذا كان موضوع الفرصة أمرا احتماليا بالنسبة للموكل ، الا أن تفويت الفرصة نفسها ضرر محقق ، ولذا يتعين التعويض عن فواتها ، ويراعى في تقدير هذا التعويض مدى احتمال كسب القضية .

٣٣٦ ـ علاقة السببية :

لا يكفي لقيام المسئولية توافر الخطأ والضرر ، بل لا بد من وجود علاقة سببية بين الاثنين ، أي أن يكون الضرر نتيجة للخطأ ، لأنه قد يحدث أن يقع الخطأ وأن يقع الضرر ، ولكن لا يكون الضرر راجعا الى الخطأ بل الى أمر آخر كالقوة القاهرة أو فعل الغير الذي لا يسأل عنه المدين ، وفي مثل هذه الحالة تنتفي مسئولية المدين .

الفـرع الثـالث
زوال الرابطة التعاقديـة

٢٣٧ ـ أسباب زوال الرابطة التعاقدية :

تزول الرابطة التعاقدية بالانقضاء كما لو كان العقد من عقود المـدة كالايجار وانقضت المدة ، أو بالابطال كما لو كان العقد مشوبا بعيب من عيوب الارادة وحكم ببطلانه ، أو بالرجوع كما لو كان لأحد المتعاقدين العدول عن العقد كما في الهبة ، أو بالفسخ كما لو امتنع أحد المتعاقديـن عن تنفيذ التزامه فيكون للمتعاقد الآخر طلب الفسخ •

وسنتناول فيما يلي بحث فسخ العقد ، ثم انفساخ العقـد وما ينبني عليه من تحمل التبعة ، وأخيرا الدفع بعدم التنفيذ •

المبحـث الأول
فسـخ العقـد

٢٣٨ ـ التعريـف بالفسـخ :

الفسخ هو حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجـانبين في أن يطلب حل الرابطة التعاقدية اذا قصر المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه (م ١٥٧ مدني و ٢٤١ موجبة) • ذلك أن للمتعاقد أن يطـالب بالتنفيـذ العيني اذا كان مسكنا أو أن يطالب بفسخ العقـد ، أو أن يطالب بالتعـويض على أساس المسئولية العقدية •

وسنتناول في دراستنا للفسخ البحث في شروطه ، وكيفية تقريـره ، وآثـاره •

المطلب الأول

شروط الفسخ

٢٣٩ ـ بيان الشروط :

لا يقع الفسخ الا اذا توافرت شروط ثلاثة وهي : أولا ـ أن يكون العقد من العقود التبادلية . ثانيا ـ ألا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه وأن يكون قادرا على اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد . ثالثا ـ أن يكون الطرف الآخر قد تخلف عن تنفيذ التزامه .

٢٤٠ ـ الشرط الأول ـ أن يكون العقد من العقود التبادلية :

يجب أن يكون العقد من العقود التبادلية . لأن كل طرف في العقد التبادلي جعل من الالتزام المقابل غرضا أي سببا لالتزامه : وهذا السبب لا يكون في وجود الالتزام المقابل بقدر ما يكون في تنفيذه . وعلى ذلك اذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه جاز للطرف الآخر اما طلب التنفيذ للحصول على مقابل التزامه . واما طلب الفسخ لاعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد [1] .

٢٤١ ـ الشرط الثاني ـ الا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه وان يكون قادرا على اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد :

يشترط في العاقد الذي يطالب بفسخ العقد ألا يكون مقصرا في تنفيذ التزامه . بأن يكون قد وفى به أو بالأقل مستعدا للوفاء به . لأن الفسخ

---

(١) تنص المادة ١٥٧/١ مدني على أنه « في العقود الملزمة للجانبين . اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه . مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتض » .

جزاء على عدم تنفيذ العقد فلا يطالب به الا من اتقى التقصير من جانبه .

كذلك يشترط في طالب الفسخ أن يكون قادرا على اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، لأن للفسخ كما سنرى أثر رجعي يرد به كل متعاقد الى وضعه السابق على التعاقد ، فاذا لم يكن في وسع العاقد تحقيق هذا الأثر امتنع عليه المطالبة بالفسخ .

٢٤٢ ـ الشرط الثالث ـ ان يكون احد العاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه :

يشترط أخيرا لطلب الفسخ أن يكون عدم تنفيذ الالتزام راجعا الى فعل المدين . لأن الفسخ كما سبق أن ذكرنا جزاء على اخلال العاقد بالتزامه ؛ وعلى ذلك اذا كان عدم التنفيذ ليس راجعا الى فعل المدين بل راجعا الى سبب أجنبي كقوة قاهرة فلا نكون أمام فسخ للعقد بل أمام انفساخ له .

ولكن لا يشترط لطلب الفسخ أن يكون المدين قد قصر في الوفاء بجميع التزاماته ؛ بل للدائن طلب الفسخ ولو كان عدم التنفيذ جزئيا ، كامتناع البائع عن تسليم ملحقات المبيع مثلا .

المطلب الثاني

كيفية تقرير الفسخ

٢٤٢ مكرر ـ الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي :

الأصل في الفسخ أن يكون قضائيا أي لا يقع الا اذا قضت به المحكمة . غير أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على وقوع الفسخ اذا أخل

أحدهما بتنفيذ التزاماته ، وعلى ذلك سنتنـاول بالـدراسة أولا الفسخ القضائي ثم الفسخ الاتفاقي •

١ ـ الفسـخ القضائـي

٣٤٣ ـ كيف يتقرر الفسخ القضائي :

لا يجوز للدائن أن يطالب بالفسخ الا بعـد اعذار المدين مطالبا اياه بالتنفيذ ، وفائدة الاعذار هو اثبات تقصير المدين في الوفاء بالتزامه ممـا قد يحمل القاضي على الاستجابة ، الى طلب الفسخ • ويتم الاعذار وفقـا لحكم المادة ٢١٩ مدني اما بالانذار وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين أو بما يقوم مقام الانذار ، وفيمايتعلق بدعوى الفسخ ، يعتبر رفع الدعوى اعذارا كافيا •

٣٤٤ ـ سلطة القاضي في دعوى الفسخ :

لا يلزم القاضي باجابة الدائن الى طلب الفسخ ، بل ان للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن (م ١٥٧/٢ مدني و ٢٤١/٣ موجبات) ، فقد يرى عدم فسخ العقد لأن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى جملـة الالتزام ، وقد يرى امهال المدين للوفاء بالتزامـه اذا لم يكن في ذلك ضرر جسيم للدائن • وأخيرا قد يرى فسخ العقد دون حاجة الى امهال ، كمـا لو كان التزام المدين التزاما بامتناع عن عمل وخالفه المدين •

٣٤٥ ـ حق الدائن في العدول عن الفسخ وحق المدين في اتقاء الحكم به :

لا يتقيد الدائن بدعوى الفسخ التي رفعها ، بل له أن يعدل قبـل الحكم عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ ، كما أن له اذا طلب التنفيـذ في أول الأمر أن يعدل عنه الى طلب الفسخ •

كذلك للمدين الى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ ، الحق في توقي الفسخ بتنفيذ التزامه ، ولا يتبقى في هذه الحالة الا بحث ما اذا كان هناك محل للحكم عليه بالتعويض .

٢ ـ الفسخ الاتفاقي

٢٤٦ ـ الشرط الفاسخ الصريح :

يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم وفاء المدين بالتزامه ، وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه (م ١٥٨ مدني و ٢٤١/٤ موجبات) . ويعرف هذا الشرط باسم الشرط الفاسخ الصريح .

والشرط الفاسخ الصريح يؤدي الى حرمان القاضي من سلطته التقديرية ، فلا يستطيع امهال المدين المتخلف عن تنفيذ التزامه ، ولا يملك الا الحكم بالفسخ . كذلك يؤدي هذا الشرط الى حرمان المدين من تفادي وقوع الفسخ بعرض تنفيذ الالتزام بعد رفع الدعوى .

المطلب الثالث

آثار فسخ العقد

٢٤٧ ـ آثار فسخ العقد فيما بين المتعاقدين :

يترتب على فسخ العقد اعتباره كأن لم يكن ؛ ولذا يجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد بأن يرد كل منهما ما تسلمه بموجب العقد ، فان عجز عن ذلك حكم عليه بالتعويض (م ١٦٠ مدني و ٢٤٢ موجبات) .

فاذا كان العقد بيعا مثلا وفسخ ، وجب اعمالا للأثر الرجعي للفسخ أن يرد المشتري المبيع وثماره الى البائع ، وأن يرد البائع الى المشتري الجزء المدفوع من الثمن وفوائده القانونية من وقت المطالبة القضائية .

أما اذا كان العقد من عقود المدة كالايجار فلا يتصور استرجاع ما تم تنفيذه منه ؛ ولذا ليس للفسخ بالنسبة لهذا النوع من العقود أي أثر رجعي ؛ ولهذا السبب يقال أن عقود المدة لا يرد عليها الفسخ بل الانهاء .

٢٤٨ ـ آثار فسخ العقد بالنسبة الى الغير :

لا يترتب على الفسخ محو آثار العقد فيما بين المتعاقدين فقط ، بل بالنسبة الى الغير أيضا . ففي البيع مثلا يعتبر المشتري بفعل الأثر الرجعي للفسخ كأن لم يكن مالكا أبدا للمبيع ، وعلى ذلك يعود المبيع الى البائع خاليا من الحقوق التي رتبها المشترى عليه ، لأن الشخص لا يستطيع أن يعطي الغير ما لا يملك . غير أنه استثناء من هذا الحكم قد تبقى هذه الحقوق ولا تتأثر بالفسخ في حالات معينة منها :

أولا ـ اذا كان الغير الذي قرر له المشتري حقا عينيا على المبيع شخصا حسن النية وشهر حقه وفقا للقانون ، كالدائن المرتهن مثلا [١] .

ثانيا ـ اذا كان في استطاعة الغير دفع دعوى البائع بتملك المبيع بالتقادم ، أو بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية .

---

(١) راجع المادة ١٠٣٤ مدني والمادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري .

المبحث الثاني

انفساخ العقد وتحمل التبعة

٢٤٩ ـ انفساخ العقد :

رأينا أنه اذا قصر أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر طلب الفسخ • غير أنه اذا كان عدم التنفيذ ليس راجعا الى تقصير المدين بل الى سبب أجنبي لا يد له فيه فان العقد ينفسخ بقوة القانون (م ١٥٩ و ٣٧٣ مدني و ٢٤٣ موجبات) •

وانفساخ العقد يختلف عن فسخه في عدة أمور هي :

أولا ــ لا محل في الانفساخ الى اعذار المدين ، لأن الاعذار لا يتطلب الا اذا كان التنفيذ ممكنا ؛ على حين أن الالتزام بحسب الفرض قد استحال تنفيذه •

ثانيا ــ لا وجه للرجوع على المدين بالتعويض لأن عدم التنفيذ ليس راجعا الى تقصيره •

ثالثا ــ لا داعي كمبدأ عام الى الالتجاء الى القضاء لأن الانفساخ يقع بقوة القانون . ولو أن العمل قد يجري على غير ذلك خصوصا اذا ترتب على السبب الأجنبي استحالة التنفيذ استحالة جزئية •

٢٥٠ ـ تحمل المدين تبعة الاستحالة :

يترتب على انفساخ العقد بقوة القانون لاستحالة تنفيذ التزام المدين لسبب أجنبي انقضاء هذا الالتزام وانقضاء الالتزام المقابل له تبعا لذلك ؛ ومعنى ذلك أن المدين كالبائع وقد استحال عليه تنفيذ التزامه بتسليم

المبيع ، لا يستطيع مطالبة الدائن وهو المشتري بتنفيذ ما تعهد به (أي بدفع الثمن) ، وبذا يتحمل البائع وهو المدين بالتسليم تبعة استحالة تنفيذ التزامه في العقود التبادلية ، أي يتحمل تبعة هلاك المبيع ٠

المبحث الثالث

الدفع بعدم التنفيذ

٢٥١ ـ فكرة الدفع بعدم التنفيذ :

يجوز لكل متعاقد في العقود التبادلية بدلا من طلب فلسخ العقد لعدم وفاء العاقد الآخر بالتزاماته ، أن يوقف تنفيذ التزامه حتى ينفذ الالتزام المقابل له ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، وهو وسيلة يلجأ اليها العاقد في العقود التبادلية للضغط على العاقد الآخر وحمله على تنفيذ التزامه دون حاجة الى الترافع الى القضاء ٠

٢٥٢ ـ شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

يستخلص من الأحكام التي أوردها المشرع في شأن الدفع بعدم التنفيذ (م ١٦١ و ٢٤٦ ـ ٢٤٨ مدني و ٢٧٢ ـ ٢٧٤ موجبات) أنه يجب للتمسك بهذا الدفع توافر عدة شروط هي : أولا ـ أن يكون العقد من العقود التبادلية ٠ ثانيا ـ أن تكون الالتزامات المتقابلة الناشئة عن هذا العقد مستحقة الأداء ٠ ثالثا ـ مراعاة حسن النية عند التمسك بالدفع ٠

٢٥٣ ـ ان يكون العقد من العقود التبادلية :

يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين ، فاذا جاوزنا نطاق هذه العقود فلا يكون هناك محل للتمسك بهذا الدفع بل للتمسك بالحق في الحبس ٠

والحق في الحبس مؤداه أن لكل من التزام بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الطرف الآخر لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه ومرتبط به . ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ صورة من صور الحق في الحبس في نطاق العقود التبادلية .

٢٥٤ ـ أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء :

يفترض الدفع بعدم التنفيذ وجود التزامات مدنية استحق اداؤها في نفس الوقت ، أي تعاصر تنفيذها . ففي البيع مثلا لا يجوز للبائع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وأن يحبس المبيع عن المشتري الا اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع ولم يدفع .

كذلك لا يجوز للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ اذا كان يستخلص من طبيعة العقد أو من العرف أن التزامه واجب الأداء قبل تنفيذ الالتزام المقابل ، كما هو الشأن بالنسبة للعامل أو صاحب الفندق ، فالتزام العامل واجب الأداء قبل التزام رب العمل ، والتزام صاحب الفندق واجب الأداء قبل التزام النزيل ، ولذا لا يجوز لأيهما التمسك مسبقا بالدفع بعدم التنفيذ .

واذا تعاصر تنفيذ الالتزامين المتقابلين وتمسك كل منهما بالدفع بعدم التنفيذ ، حكم القاضي على كل منهما بايداع ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث .

٢٥٥ ـ مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

يجب على المتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ألا يسيء استعمال هذا الدفع لأن القاعدة العامة هي وجوب مراعاة حسن النية

عند تنفيذ العقود (م ١٤٨/١ مدني) ، وعلى ذلك لا يجوز لمتعاقد أن يتمسك بهذا الدفع اذا كان هو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل ، أو اذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل هو جزء يسير بالنسبة الى جملة الالتزام .

٢٥٦ ـ آثار الدفع بعدم التنفيذ فيما بين المتعاقدين :

لا يترتب على الدفع بعدم التنفيذ اذا توافرت شروطه انقضاء الالتزام ، بل وقف تنفيذه . ووقف التنفيذ لا يؤثر على مقدار الالتزام اذا كان العقد من العقود الفورية كالبيع ، أما اذا كان من عقود المدة كالايجار أو من العقود المستمرة التنفيذ كعقود توريد الغاز أو النور فانه يترتب على وقف تنفيذه نقص في كم الالتزام بمقدار مدة الوقف .

والدفع بعدم التنفيذ اذا كان لا يخول الدائن حق امتياز على الشيء محل التزامه ، الا أنه يعتبر ضمانا يؤمن الدائن به نفسه ضد خطر اعسار المدين .

٢٥٧ ـ آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة الى الغير :

لا يحتج بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة العاقد فقط ، بل وكذلك في مواجهة الغير ، فللبائع مثلا أن يحتج بحقه في حبس المبيع ليس فقط قبل المشتري ، بل وكذلك قبل دائني المشتري .

٢٥٨ ـ انقضاء الدفع بعدم التنفيذ :

ينقضي الدفع بعدم التنفيذ لأسباب متعددة منها : هلاك الشيء محل الالتزام ، أو خروج الشيء من تحت الحابس خروجا اراديا كما لو

سلم البائع المبيع الى المشتري ، أما اذا خرج من تحت يده خلسة أو غصبا فله استرداده ممن هو في حيازته اذا طلب ذلك في خلال ثلاثين يوما من وقت علمه بخروجه ، وقبل انقضاء سنة من وقت هذا الخروج (م ٢٤٨ مدني و ٢٧٣ موجبات) . كذلك ينقضي الدفع بعدم التنفيذ اذا منح الدائن المدين أجلا جديدا بعد حلول ميعاد الوفاء بالتزامه .

الباب الثاني

بعض احكام الالتزام

خطة الدراسة

٢٥٩ ـ بيان الموضوعات :

يقصد بدراسة أحكام البحث في الموضوعات الآتية :

أولا ـ آثار الالتزام .

ثانيا ـ انتقال الالتزام .

ثالثا ـ انقضاء الالتزام .

وسنراعي في دراستنا لهذه الموضوعات الاقتصار على القواعد والأحكام القانونية التي تساعد على تهيئة طلاب كلية التجارة على تفهم أحكام القانون التجاري ؛ وهي الدراسة القانونية الأصيلة في كلية التجارة .

كذلك سنتوخى في عرضنا لهذه القواعد والأحكام الايجاز مع التبسيط والتيسير حتى يسهل على الطالب استيعابها . وقد سبق لنا الاشارة الى هذه الملاحظة في أكثر من موضع ؛ ولا نرى مانعا من تكرارها لتحقيق الغرض المقصود منها .

الفصل الاول

آثار الالتزام

٢٦٠ ـ تقسيم :

أثر الالتزام هو انشاء حق للدائن في مواجهة المدين ، ولذا يمكن القول بأن دراسة آثار الالتزام ، هي في الواقع دراسة لحقوق الدائن قبل مدينه .

ولدراسة هذه الحقوق سنبحث أولا في الآثار العامة للالتزام ، وثانيا في الآثار الخاصة لبعض الالتزامات ، وسنتناول فيها الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام .

الفرع الاول

الآثار العامة للالتزام

٣٦١ ـ الضمان العام :

أثر الالتزام كما سبق أن ذكرنا ، هو انشاء حق للدائن قبل مدينه ، والذي يضمن هذا الحق هو جميع أموال المدين ، وهذا ما يعرف بالضمان العام (م ٢٣٤ مدني) فيستطيع كل دائن أن ينفذ بحقه على أي مال من

الأموال التي تكون مملوكة لمدينه وقت التنفيذ ، سواء كان هذا المال من المنقولات أم من العقارات . والأصل أن جميع أموال المدين يجوز التنفيذ عليها الا ما استثنى بنص خاص كفراش المدين أو الكتب والأدوات التي يستعملها بنفسه في عمله .

٣٦٢ ـ خصائص الضمان العام :

يتميز الضمان العام الذي للدائنين . ويطلق عليهم اسم الدائنين العاديين . بخصائص معينة هي :

أولا ـ تساوي الدائنين قانونا في هذا الضمان . فلا يتقدم أحدهم على الآخرين في استيفاء حقه ، الا اذا كان له حق التقدم على غيره بموجب تأمين خاص كالرهن الرسمي مثلا . مع ملاحظة أن هذا التقدم قاصر على المال المقرر عليه الرهن فقط .

ثانيا ـ أن الضمان العام لا يخول الدائن حق تتبع أي مال من أموال المدين اذا خرج من ملكه بالبيع مثلا . بل يسري البيع في مواجهة الدائن . وفي هذا يختلف الضمان العام عن التأمين الخاص كالرهن : فالدائن المرتهن له تتبع العين المرهونة في أي يد انتقلت اليها .

ثالثا ـ أن الضمان العام لا يخول الدائن حق التدخل في ادارة المدين لأمواله .

٣٦٣ ـ وسائل حماية حقوق الدائنين :

لما كان أثر الضمان العام لا يظهر الا ابتداء من اجراءات التنفيذ ، ولما كان هذا الضمان لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله وادارتها ،

رأى المشرع أن يحمي الدائن ضد الاهمال أو الغش الذي قد يقع من مدينه في الفترة السابقة على التنفيذ ، فخوله وسائل عدة يحمي بها حقه ويحافظ بها على ضمانه ، من ذلك : الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البوليصية ، ودعوى الصورية ، والحق في الحبس .

٣٦٤ ـ الدعوى غير المباشرة :

يقصد بالدعوى غير المباشرة حق الدائن في أن يستعمل باسم مدينه ونيابة عنه حقوق هذا المدين قبل الغير . وبذا يستطيع المحافظة على ضمانه العام والتغلب على اهمال المدين أو غشه الذي يقصد به اضعاف هذا الضمان (م ٢٣٥ مدني و ٢٧٦ موجبات) .

ولا يشترط أن يتم استعمال حقوق المدين عن طريق المطالبة القضائية بها . فقد يستعمل الدائن حق المدين بغير طريق الدعوى ، كما لو قام بتسجيل عقد اشترى به المدين عقارا ، حتى تنتقل ملكية هذا العقار الى المدين فيستطيع التنفيذ عليه .

ويشترط لاستعمال هذه الدعوى : ١ ــ أن يكون حق الدائن محققا أي غير متنازع فيه . ٢ ــ وأن يكون المدين قد قصر في استعمال حقه قبل الغير ، وكان يترتب على عدم استعمال هذا الحق اعساره أو الزيادة في اعساره ، ولذا لا يجوز للدائن الالتجاء الى هذه الدعوى اذا كانت باقي أموال المدين تكفي للوفاء بدينه .

٣٦٥ ـ الدعوى البوليصية :

قد يعمد المدين ، اذا ساءت حالته المالية ، الى بيع أمواله الظاهرة ، كالعقارات ، لكي يخفي ثمنها عن دائنيه ، أو يعمد لمجرد النكاية بدائنيه

الى محاباة الغير من أقاربه وأصدقائه بأن يبيعهم ماله بثمن بخس أو يهبه اياهم ، أو يجامل أحد دائنيه على حساب الآخرين ، بأن يدفع له كامل دينه حتى يفلت من قاعدة قسمة الغرماء • وقد كفل المشرع للدائنين الحماية من هذه التصرفات الضارة بهم ، بما قرره لهم من حق الطعن فيها بطلب عدم نفاذها في مواجهتهم ، وسبيلهم الى ذلك هي الدعوى البوليصية أي دعوى عدم نفاذ التصرف (م ٢٣٧ ـ ٢٤٣ مدني و ٢٧٨ موجبات) •

ويشترط لمباشرة الدعوى البوليصية عدة شروط بعضها يتعلق بالدائن ، وبعضها يتعلق بالمدين ، وبعضها يتعلق بالتصرف المطعون فيه •

فبالنسبة للدائن يشترط أن يكون حقه مستحق الأداء أي ليس معلقا على شرط أو مضافا الى أجل ، وأن يكون هذا الحق سابقا على التصرف المطعون فيه حتى يستطيع الادعاء بأنه عول على المال الذي تصرف فيه المدين لاستيفاء حقه •

وبالنسبة للمدين يشترط أن يكون قد صاحب التصرف الصادر منه غش من جانبه ، أي قصد الاضرار بدائنيه ، ويعتبر المدين غاشا اذا صدر منه التصرف وهو عالم أنه معسر (م ٢٣٨ مدني) •

ويتطلب القانون اللبناني شرط الغش سواء كان التصرف الصادر من المدين من قبيل المعاوضات أم من قبيل التبرعات • أما القانون المصري فيتطلب غش المدين اذا كان التصرف من المعاوضات ، أما ان كان من التبرعات فيجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ولو كان المدين حسن النية (لأن دفع الضر مقدم على جلب المنفعة) •

وبالنسبة للتصرف المطعون فيه يشترط أن يكون مفقرا أي يؤدي الى اعسار المدين أو الزيادة في اعساره ، سواء كان ذلك التصرف قد أنقص

من حقوق المدين كالبيع الصادر منه ، أو زاد في التزاماته كالاقتراض من الغير •

٣٦٦ ــ دعوى الصورية :

قد يلجأ المدين في سبيل تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه الى التصرف فيها تصرفا صوريا بالبيع مثلا ، والتصرف الصوري لا وجود له في الحقيقة لأن المدين البائع لم يتخل عن ملكية المبيع ، بل انه يحتفظ في مواجهة المشتري الظاهر بما يسمى بورقة الضد ، لاثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له وأنه ليس الا تصرفا صوريا •

واذا لم يكن من شأن التصرف الصوري خروج المبيع من ملك المدين ، فان افتقاره المترتب على هذا التصرف ليس الا افتقارا ظاهريا ، وسبيل الدائن لاثبات هذا الافتقار الظاهري هو دعوى الصورية •

ولا يشترط لاستعمال الدائن دعوى الصورية أن يكون حقه مستحق الأداء أو سابقا على التصرف الصوري المطعون فيه ، لأن الدائن لا يقصد من رفع دعوى الصورية الا تقرير الواقع حماية لمصالحه •

٣٦٧ ــ الحق في الحبس :

يقصد بالحق في الحبس أن لكل من التزام بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به (م ٢٤٦ ــ ٢٤٨ مدني و ٢٧٢ ــ ٢٧٤ موجبات) • وقد سبق لنا أن تعرضنا لصورة من صور الحق في الحبس وهي الدفع بعدم التنفيذ•

ويشترط لاستعمال الحق في الحبس عدة شروط وهي : أولا ــ وجود

التزام على الحابس بأداء شيء كالتزام البائع بتسليم المبيع أو التزام المودع عنده برد الوديعة • ثانيا ــ وجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة الدائن كما لو كان المودع عنده قد صرف مصاريف ضرورية لحفظ الوديعة. فيكون له حبس الشيء المودع حتى يسترد هذه المصاريف من المودع • ثالثا ــ أن يكون هناك ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء كما في المثال السابق ؛ وعلى ذلك لا يجوز للمودع عنده حبس الوديعة حتى يسترد من المودع مبلغا كان قد أقرضه اياه لعدم وجود ارتباط بين الأمرين •

٣٦٨ ــ تنفيذ الالتزام :

تناولنا الالتزام حتى الآن على أساس أنه رابطة موحدة ؛ غير أن الواقع هو أن الالتزام يتضمن عنصرين متميزين هما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية • ويرتبط العنصران رباط الغاية بالوسيلة ؛ ذلك أن المديونية تفرض على المدين واجب الوفاء كما تفرض على الدائن واجب قبول الوفاء ؛ فاذا وفى المدين باختياره انقضت المديونية ؛ وان امتنع ظهر عنصر المسؤولية الذي يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء •

واذا توافرت المديونية والمسؤولية معا كنا أمام التزام مدني ؛ أما اذا توافرت المديونية دون المسؤولية كنا أمام التزام طبيعي كدين سقط بالتقادم مثلا •

والالتزام الطبيعي لا يجوز قهر المدين على الوفاء به لتخلف عنصر المسؤولية فيه . غير أنه اذا وفى المدين باختياره بهذا الالتزام فانه لا يعد متبرعا • واذا كان الأمر كذلك فسيقتصر كلامنا بطبيعة الحال على الالتزام المدني لأنه هو الذي يتوافر فيه عنصر المسؤولية وهي الأساس في قهر المدين على التنفيذ •

وسنتناول في دراستنا لتنفيذ الالتزام الكلام في المسائل الآتية :

أولا ـ الأعذار .

ثانيا ـ التنفيذ العيني .

ثالثا ـ التنفيذ بمقابل .

المبحث الاول

الاعذار

٢٦٩ ـ المقصود بالاعذار :

يقصد بالاعذار وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه باثبات تأخيره في الوفاء به ؛ ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يفيد تقصيرالمدين ما لم يسجله الدائن عليه بالاعذار ؛ والاعذار ضروري لتنبيه المدين الى نية الدائن في الالتجاء الى التنفيذ الجبري اذا لم يف بالتزامه اختيارا ؛ والى هذا أشارت المادة ٢٠٣/١ مدني .

غير أن بعض التشريعات ومنها قانون الموجبات والعقود اللبناني قد عدلت عن اشتراط الاعذار ؛ وافترضت أن المدين يعتبر معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام دون حاجة الى أن ينبهه الدائن الى ذلك .

٢٧٠ ـ شكل الاعذار :

يتخذ الاعذار عادة شكل الانذار ؛ وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبدي فيها الدائن لمدينه رغبته في استيفاء حقه .

وكما يتم الاعذار عن طريق الانذار ؛ يتم كذلك بكل ورقة رسمية تقوم مقام الانذار كمحضر حجز ، والتكليف بالحضور أمام المحكمة .

واذا كان الأصل أن يتم الاعذار عن طريق الانذار أو ما يقوم مقامه ، الا أنه ليس هناك ما يمنع من الخروج على هذا الأصل ، لأنه اذا كانت المادة ٢١٩ مدني تبيح الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أي اجراء آخر ، فلا شبهة في أنها تجيز من باب أولي الاتفاق على أن يتم الاعذار بأي طريق آخر كالاعذار بخطاب مسجل أو بخطاب عادي أو باخطار شفوي ، على أن تراعى في الحالة الأخيرة القواعد العامة في الاثبات •

٣٧١ ــ الآثار التي تترتب على الاعذار :

يترتب على صدور الاعذار في ميعاده ، أي عند حلول أجل الالتزام أو بعده ، وضع المدين موضع المقصر ، مما يؤدي الى النتائج الآتية :

١ ــ يجوز للدائن الشروع في اجراءات التنفيذ الجبري أو طلب فسخ العقــد •

٢ ــ انتقال تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانب واحد من الدائــن الى المدين • فمثلا في الوديعة غير المأجورة اذا استحال على المدين أي المودع عنده تنفيذ التزامه بالرد لسبب أجنبي كهلاك الشيء بقوة قاهرة، انقضى هذا الالتزام ، وتحمل المودع أي الدائن تبعة الهلاك • ولكن اذا فرض وكان المودع قد أعذر المودع عنده برد الوديعة قبل وقوع الهلاك ، ترتب على هذا الاعذار انتقال تبعة استحالة تنفيذ الالتزام من الدائن الى المدين (م ١/٢٠٧ مدني) •

٣ ــ استحقاق التعويض عن التأخير في الوفاء (م ٢١٨ مدني) ، لأنه بصدور الاعذار يفترض وقوع الضرر الناشيء عن التأخير في التنفيذ •

٣٧٢ ـ الحالات المستثناة من ضرورة الاعذار :

يستثنى من ضرورة الاعذار في القانون المصري حالات معينة يعتبر فيها المدين معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام دون حاجة الى أي اجراء آخر (م ٢٢٠ مدني) ، من ذلك :

١ ـ اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، كما لو كان محل الالتزام امتناعا عن عمل أتاه المدين .

٢ ـ اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع ، لأنه لا يتصور الاعذار اذا خالف الانسان الالتزام القانوني العام المفروض على كل شخص بعدم الأضرار بالغير .

٣ ـ اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، والكتابة مشترطة هنا للاثبات ، ولذا يقوم مقامها الاقرار أو النكول عن اليمين .

٤ ـ اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو يعلم أنه تسلمه دون حق .

المبحث الثاني

التنفيذ العيني

٣٧٣ ـ الأصل هو التنفيذ العيني :

الأصل في الوفاء أن يكون بعين ما التزم به المدين . ويجب على الدائن أن يطالب به ، فان فعل فلا يجوز للمدين أن يمتنع عنه بل يجبر على القيام به اذا كان ذلك ممكنا ، فان كان مستحيلا حكم عليه بالتعويض .

وكما يجوز للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني ، يجوز كذلك للمدين أن

يعرض القيام به ، وفي هذه الحالة يمتنع على الدائن رفضه والمطالبة بالتعويض •

٣٧٤ ـ شروط التنفيذ العيني :

يشترط التقنين المدني المصري للمطالبة بالتنفيذ العيني شرطين هما : الأول ـ أن يكون التنفيذ العيني ممكنا ، والثاني ـ ألا يكون فيه ارهاق للمدين (م ٢١٩ و ٢٢٠) • أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فلم يشترط لوجوب التنفيذ العيني الا شرطا واحداً هو شرط الامكان ، وهو ما يمكن استخلاصه من المادتين ٢٤٣ و ٣٤١ •

٣٧٥ ـ أن يكون التنفيذ العيني ممكنا :

يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني ، ويجوز للمحكمة أن تقضي به ، طالما كان هذا التنفيذ ممكنا ، فان استحال ، وهذه مسألة تتعلق بالوقائع وبظروف كل دعوى ، تعين العدول عنه الى التنعيد بمقابل • والاستحالة التي تتكلم عنها هي الاستحالة الراجعة الى خطأ المدين ، لأنه اذا كانت الاستحالة راجعة الى سبب أجنبي ، انقضى الالتزام وامتنع الرجوع على المدين بالتعويض ، كما لو هلك الشيء المطلوب تسليمه بفعل القوة القاهرة (م ٢١٥ مدني و ٣٤١ موجبات) •

وجميع ضروب الالتزام سواء كانت باعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بامتناع عن عمل ، من المتصور استحالة تنفيذها بخطأ المدين ، عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود فلا يتصور استحالته •

٣٧٦ ـ الا يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين :

قد يكون التنفيذ العيني ممكنا ، ولكن في تحقيقه ارهاق للمدين ، وفي هذه الحالة يجوز له أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدي •

ويتحقق هذا الارهاق اذا كانت الفائدة التي ستعود على الدائن من التنفيذ العيني لا تتناسب مع الضرر الذي سيصيب المدين منه ، وكان في التعويض النقدي ترضية كافية للدائن ، كما لو تعدى شخص عند البناء على شريط رفيع من أرض الجار ، فللجار أن يطالب بالتنفيذ العيني أي بالهدم والازالة، ولكن لما كان في هذا ارهاق للمدين وهو الباني ، لا يتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن وهو صاحب الأرض ، فيلجأ القاضي الى التعويض النقدي بدلا من التنفيذ العيني •

٣٧٧ ـ التهديد المالي او الغرامة التهديدية :

يجوز حمل المدين على التنفيذ العيني ، خاصة في الأحوال التي تتطلب تدخله الشخصي عن طريق التهديد المالي •

والتهديد المالي يتمثل في الحكم على المدين بالتنفيذ العيني وبغرامة تهديدية باعتبار كذا عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى اذا تأخر في تنفيذ التزامه عن ميعاد معين يحدده القاضي •

ولا يقصد من هذه الغرامة تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء ، بل يقصد بها ارهاب المدين وحمله على التنفيذ العيني (م ٢١٣ و ٢١٤ مدني و ٢٥١ موجبات) •

٣٧٨ ـ شروط الحكم بالغرامة التهديدية :

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية توافر شرطين ، وهما : ١ ـ أن يكون تنفيذ الالتزام عينا لا يزال ممكنا • ٢ ـ أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه •

٣٧٩ ـ الشرط الاول ـ ان يكون في الامكان تنفيذ الالتزام عينا :

تفترض طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية أن يكون هناك التزام لا

يزال في الامكان تنفيذه عينا . فاذا لم يكن هناك التزام أصلا فلا يتصور الحكم بالغرامة التهديدية ، وعلى ذلك لا يجوز الالتجاء الى التهديد المالي لاجبار أحد الخصوم في دعوى على الحضور أمام المحكمة لانه ليس ملزما بالحضور .

على أن وجود الالتزام لا يكفي لتبرير الحكم بالغرامة التهديدية ، بل يجب أن يكون تنفيذه عينا لا يزال ممكنا ، لأن الغرض من التهديد المالي هو الحصول على هذا التنفيذ . وعلى ذلك يمتنع الحكم بالغرامة التهديدية ، لفوات الغرض منها ، اذا أصبح تنفيذ الالتزام عينا مستحيلا ، سواء رجعت هذه الاستحالة الى فعل المدين أم الى سبب أجنبي ، مع ملاحظة أن الاستحالة الراجعة الى سبب أجنبي من شأنها انقضاء الالتزام.

٢٨٠ ــ الشرط الثاني ــ ان يكون التنفيذ العيني غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه :

بعض أنواع الالتزام يمكن تنفيذه رغما عن المدين ودون حاجة الى تدخله الشخصي كما في الالتزام بنقل الملكية مثلا . الا أن هناك من الالتزامات ما يكون تدخل المدين ضروريا أو مفيدا لتحقيق التنفيذ العيني ، وفيها يجوز الالتجاء الى التهديد المالي ، من ذلك : الالتزام بتقديم حساب أو مستندات ، والالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ملحوظ فيه شخصية المدين ، كتعهد ممثل بالاشتراك في تمثيلية معينة ، أو الامتناع عن الظهور في عرض مسرحي معين .

واذا كان يشرط للحكم بالغرامة التهديدية أن يكون تدخل المدين ضروريا أو ملائما التنفيذ العيني ، الا أن هناك من الحالات ما يمتنع فيها الالتجاء الى التهديد المالي بالرغم من توافر هذا الشرط ، من ذلك ما اذا كان في التهديد المالي ما يمس شخصية المدين المتمثلة في نتاج فكره . فلو

تعهد مؤلف قبل ناشر بوضع كتاب يقوم الأخير بنشره ، ثم أعوز المؤلف الالهام اللازم لتحقيق عمله بما يرضيه ، فلا يجوز اجباره عليه عن طريق التهديد المالي •

٣٨١ ـ مصير الحكم بالغرامة التهديدية :

الحكم بالغرامة التهديدية يعتبر حكما وقتيا مصيره الى التصفية وفقا للموقف النهائي للمدين • فاذا قام المدين بالوفاء بالتزامه حط القاضي عنه الغرامة ، ازاء استجابته لما أمره به ، وألزمه بتعويض عن التأخير ، لا أكثر • وان أصر المدين على عناده وامتناعه عن التنفيذ العيني ، قدر القاضي التعويض الواجب عن الضرر الناشيء عن عدم الوفاء ، وراعى في تقدير هذا التعويض ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتا ، باعتبار هذه الممانعة عنصرا أدبيا من عناصر احتساب التعويض •

المبحث الثالث

التنفيذ بمقابل

او

التنفيذ بطريق التعويض

٣٨٢ ـ حالات التنفيذ بمقابل :

اذا كان الأصل هو التنفيذ العيني ، الا أن هناك من الحالات ما يتعين فيها الالتجاء الى التنفيذ بمقابل ، وهذه هي :

١ ـ اذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين • وهذه الاستحالة متصورة بالنسبة لجميع ضروب الالتزام عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود •

٢ ـ اذا كان تدخل المدين الشخصي ضروريا أو ملائما لتحقيق التنفيذ العيني ، ولم يجد التهديد المالي في التغلب على تعنته وامتناعه .

٣ ـ اذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن في تحقيقه ارهاق للمدين.

٤ ـ أخيرا اذا كان التنفيذ العيني ممكنا تحقيقه على وجه ملائم دون تدخل المدين ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرض المدين القيام به ، ففي هذه الحالة يحل التنفيذ بمقابل محل التنفيذ العيني .

٣٨٣ ـ نوعا التعويض :

اذا لم ينفذ المدين التزامه من الميعاد المحدد له ، وعلى النحو المتفق عليه ألزم بالتعويض . والتعويض على نوعين : تعويض عن عدم التنفيذ ، وتعويض عن التأخر في التنفيذ (م ٢١٥ مدني) .

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العيني ، ولا يجتمع بداهة معه . أما التعويض عن التأخير فيجتمع مع التنفيذ العيني اذا قام المدين بتنفيذ التزامه متأخرا عن الميعاد المحدد له ، كما يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ اذا لم يقم المدين أصلا بما تعهد به .

٣٨٤ ـ كيفية تقدير التعويض :

الأصل في تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضي ، وهذا هو التعويض القضائي ، غير أنه بالنسبة للالتزامات التعاقدية قد يتفق الطرفان مقدما على مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين اذا لم ينفذ التزامه أو اذا تأخر في الوفاء به ، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ، وأخيرا قد يتولى القانون تحديد التعويض الذي يستحق عن التأخر في تنفيذ الالتزام ، وهذا هو التعويض القانوني أو فوائد التأخير .

المطلب الاول

التعويض القضائي

٣٨٥ ـ التعويض القضائي جزاء المسئولية المدنية :

بحث التعويض القضائي هو في الواقع بحث للمسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية • وقيام هذه المسؤولية يتطلب توافر أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، فان توافرت هذه الأركان التزم المدين بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر ، والضرر قد يكون ماديا أو أدبيا ، والتعويض يتناول كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب •

والتعويض يقدر عادة بمبلغ نقدي ، ولو أنه في بعض الحالات قد يكون التعويض غير نقدي ، كما هو الشأن فيما تقضي به المحكمة في دعاوي السب والقذف من نشر الحكم بادانة المسؤول في الصحف •

المطلب الثاني

التعويض الاتفاقي

او

الشرط الجزائي

٣٨٦ ـ تعريف الشرط الجزائي :

الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه أو اذا تأخر في تنفيذه ، وسمي كذلك لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي •

وكثيرا ما يصادف الشرط الجزائي في عقود المقاولة والتوريد والنقل، فيتفق رب العمل مع المقاول على مبلغ معين يدفعه الأخير عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل الذي تعهد به •

٣٨٧ ـ الاغراض التى يستهدفها المتعاقدان من الشرط الجزائي :

يقصد المتعاقدان عادة بالشرط الجزائي تجنب تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة في تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن اذا أخل المدين بالتزامه ، على أن هذا الغرض قلما أن يتحقق اذ سيكون دائما لأحد الطرفين مصلحة في المنازعة في مقدار التعويض المتفق عليه •

كذلك قد يقصد بالشرط الجزائي التحايل على أحكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير ،كما قد يقصد به التعديل في أحكام المسؤولية بالاعفاء أو التحقيق منها اذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيرا عن الضرر المتوقع حصوله ، أو بالتشديد فيها اذا كان هذا المبلغ مبالغا فيه •

٣٨٨ ـ شروط اعمال الشرط الجزائي :

لما كان المقصود بالتعويض الاتفاقي أن يحل محل التعويض القضائي فانه يتعين لاعمال الشرط الجزائي توافر شروط استحقاق التعويض وهي : الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وأخيرا الاعذار في الحالات التي يكون فيها واجبا (م ٢٢٣ ـ ٢٢٥ مدني و ٢٦٦ و ٢٦٧ موجبات) •

٣٨٩ ـ سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي :

الأصل أنه اذا تحققت شروط الشرط الجزائي ، وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع ، تعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان ، غير أنه استثناء من هذا الأصل أجاز

المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائـي بالتخفيض أو الزيادة ، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص (م ٣/٢٢٤ مدني) .

٣٩٠ ـ تخفيض الشرط الجزائي :

أجاز المشرع المصري في المادة ٢/٢٢٤ من التقنين المـدني للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما :

الأولى ـ اذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منـه (راجع المادة ٣/٣٦٦ موجبات) .

الثانية ـ اذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، وعبء اثبات ذلك على المدين كما هو الشأن في الحالة السابقة. وعلة هذا الاستثناء أنه اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود فيكون المقصود بالشرط الجزائي المبالغ فيه اخفاء فوائد ربوية يتعين تخفيضها الى الحد القانوني . أما اذا كان محل الالتزام من غير النقود ، فيكون القصد من المبالغة في الشرط الجزائي أن يكون شرطا تهديديا ، وفي هذه الحالة ، يأخذ حكم التهديد المالي ، بمعنى أنه يكون للقاضي اعادة النظر فيه وتقدير التعويض المستحق وفقا للقواعد العامة (راجع المادة ٢/٢٦٦ موجبات) .

٣٩١ ـ زيادة الشرط الجزائي :

اذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع ، فيكون المقصود به الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن الخطأ العادي ، وهو المتصـور وقوعه من المدين ، فان تجاوز الخطأ هذه الدرجـة ، بأن لجأ المدين الى الغش أو ارتكب خطأ جسيما ـ وعلى الدائن اثبات ذلك ـ وقع الاتفاق

باطلا ، وتعين على القاضي تقدير التعويض بما يتفق والضرر اللاحق بالدائن (م ٢١٧/٢ مدني ، و ٢٦٧ موجبات) .

المطلب الثالث

التعويض القانوني

او

فوائد التاخير

٣٩٢ ـ الالتزام بدفع مبلغ من النقود :

قد يكون محل الالتزام مبلغا من النقود ، والخصيصة الجوهرية لهذا النوع من الالتزام هو قابليته دائما للتنفيذ العيني ، وعلى ذلك لا محل في شأنه للمطالبة بتعويض عن عدم التنفيذ ، بل يقتصر الأمر على المطالبة بتعويض عن التأخر في التنفيذ ، ويطلق على التعويض في هذه الحالة فوائد التأخير .

٣٩٣ ـ نوعان من الفوائد :

بجانب فوائد التأخير التي يلتزم بها المدين اذا قصر في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود في الميعاد المحدد له ، يوجد نوع آخر من الفوائد يمكن أن يسمى بالفوائد الاستثمارية ، يلتزم بها المدين في عقد من عقود المعاوضة . وأكثر ما تصادف هذه الفوائد في عقد القرض حيث يتفق الدائن مع المدين على دفع فوائد معينة مقابل الانتفاع بمبلغ القرض .

وقد تنقلب الفوائد الاستثمارية التي يلتزم بها المدين حتى حلول أجل الدين ، الى فوائد تأخير اذا قصر بعد حلول الأجل في الوفاء بالتزامه.

٣٩٤ ـ سعر الفائدة :

حدد المشرع المصري سعر الفوائد القانونية وهو :٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية (م ٢٢٦ مدني) . أما الفوائد الاتفاقية، استثمارية كانت أم تأخيرية ، فيترك تحديدها لارادة المتعاقدين بشرط ألا يزيد سعرها على ٧ ٪ ، فان زاد على ذلك تعين تخفيضها الى ٧ ٪ وألزم الدائن برد الزيادة التي استولى عليها .

أما في التشريع اللبناني فان السعر القانوني للفائدة في المسائل المدنية هو ٩ ٪ ، واذا كان الدين مضمون برهن تأميني عقاري فيكون السعر ١٢ ٪ ، ويراعى بالنسبة للفوائد الاتفاقية ألا يزيد سعرها على الحد السابق .

أما في المسائل التجارية فالسعر القانوني للفائدة هو ٩ ٪ أيضا ، ولكن الرأي الغالب أن الفوائد الاتفاقية ليس لها حد أقصى [١] .

٣٩٥ ـ الربح المركب :

محاربة للربا الفاحش وضع المشرع المصري أحكاما خاصة في هذا الشأن وهي :

أولا ـ أن كل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، اذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى وهو ٧ ٪ تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض (م ٢٢٧ مدني) .

---

(١) راجع في هذا الشأن مؤلفنا في احكام الالتزام سنة ١٩٧٢ [illegible] ٨٣ وما بعده .

ثانيا — لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية (م ٢٣٢) . من ذلك الحساب الجاري اذ يجوز أن يزيد فيه مجموع الفوائد في نهاية الحساب على مقدار رأس المال •

ثالثا — لا يجوز في المسائل المدنية تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وهو ما يعرف بالربح المركب ، وعلة هذا التحريم أن تجميد الفوائد فيه خطر شديد على المدين ، لأنه يؤدي الى سرعة تضخم الدين ، ويكفي لبيان ذلك أن نذكر انه اذا أقرض الدائن مدينه بفائدة ٤ ٪ فان مبلغ الدين يتضاعف في حوالي ١٩ سنة اذا كان الربح مركبا ، على حين أنه لا يتضاعف الا في ٢٥ سنة اذا كان الربح بسيطا (م ٢٣٢ مدني) • هذا ويلاحظ أنه يستثنى من قاعدة تحريم الربح المركب ما جرت به القواعد والعادات التجارية ، كما هو الأمر بالنسبة الى الحساب الجاري(م ٢٣٣ مدني) •

هذا في القانون المصري أما في القانون اللبناني فيجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد حتى في المسائل المدنية بشرط ألا تقل المدة عن ستة أشهر (م ٧٦٨ موجبات) •

٣٩٦ — جواز تخطي حدود الفائدة :

استثناء من مبدأ التقدير الجزافي الذي تتميز به فوائد التأخير ، اتفاقية كانت أم قانونية ، يجوز الزام المدين بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد ، واذا أثبت الدائن أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية (م ٢٣١ مدني و ٢٦٥ موجبات) •

٣٩٧ — جواز تخفيض الفائدة او اسقاطها :

يقابل الاستثناء السالف الذي يجوز فيه تخطي حدود الفائدة ،

استثناء آخر يجوز فيه تخفيض أو اسقاط الفائدة ، وقد أشارت الى ذلك المادة ٢٢٩ مدني بقولها « اذا تسبب الدائن ، بسوء نية وهو يطالب بحقه ، في اطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد ، قانونية أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر » •

الفـرع الثانـي

الآثار الخاصة لبعض الالتزامات

او

الاوصاف المعدلة لاثر الالتزام

٢٩٨ ـ الالتزام البسيط والالتزام الموصوف :

تناولنا فيما تقدم ما يترتب على الالتزام من آثار ، وقد افترضنـا في كل ذلك أن الالتزام بسيط أي عادي ، غير أن الالتزام قد يتصف به وصف يعدل من آثاره ، مما يؤدي الى تغيير في القواعد التي تحكم تنفيذه •

فاذا كان الأصل أن ينشأ الالتزام نهائيا بمجرد تحقق سببه ، الا أنه قد يتوقف وجوده أو زواله على أمر مستقبل غير محقق الوقـوع ، وهذا هو الشرط •

واذا كانت القاعدة أن للدائن أن يقتضي حقـه من المديـن بمجرد نشوئه ، الا أن التزام المدين قد يكون مقترنا بأجل يمنـع اقتضاءه في الحـال •

واذا كانت العادة أن يكون للالتزام محل واحد ، الا أنه قد يحدث أن يتعدد المحل فيكون الالتزام تخييريا أو بدليا •

واذا كان الغالب أن تنشأ رابطة الالتزام بين شخصين فقط ، الا أنه قد يقع أن يتعدد الطرف الدائن أو الطرف المدين أو الطرفان معا ، ويتحقق ذلك في التضامن بين الدائنين أو بين المدينين ، وفي عدم قابلية الالتـزام للانقسام .

المبحث الاول

الشرط

٣٩٩ ـ التعريف بالشرط وانواعه :

الشرط أمر مستقبل غيرمحقق الوقوع ، يترتب على وقوعه اما وجود الالتزام وهذا هو الشرط الواقف ، واما زوال الالتزام وهذا هو الشرط الفاسخ .

فاذا وهب أب لابنه مالا معينا اذا تزوج ، فلا يوجد التزام الأب الا اذا تزوج الابن ، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، فان تزوج تحقق الشرط الواقف ووجد الالتزام .

واذا وهب شخص آخر مالا معينا ، على أن يعود اليه هذا المال اذا رزق ولدا ، كان التزام الواهب معلقا على شرط فاسخ ، فان تحقق هـذا الشرط وهو أمر غير مؤكد ، عاد اليه المال الموهوب .

وسواء كان الشرط واقفا أم فاسخا فان أثره يستند الـى الماضي (م ٢٧٠ مدني و ٨١ موجبات) ، بمعنى أنه اذا تحقق الشرط الواقـف اعتبر الالتزام موجودا لا من وقت تحققه بل من وقت الاتفاق علـى انشائه ، واذا تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام واعتبر كأن لم يوجـد أصلا .

٤٠٠ ـ الشروط الواجب توافرها في الشرط :

يشترط لصحة الشرط أو بعبارة أخرى يشترط في الواقعة حتى تصلح كشرط صحيح ما يأتي :

أولا ـ أن تكون الواقعة أمرا مستقبلا ؛ أي أن يكون تحققها لاحقا لانعقاد العقد ، فاذا كانت الواقعة حاضرة أي تتحقق وقت تمام العقد ، أو ماضيه أي سبق تحققها وقت ابرام التصرف ، فلا تعتبر شرطا ولو كان المتعاقدان يجهلان أمر تحققها وقت التعاقد (م ٣/٨١ موجبات) .

ثانيا ـ أن تكون الواقعة أمرا غير محقق الوقوع ، والا اعتبرت أجلا لا شرطا ؛ وعدم التحقق يجب أن ينصرف الى امكان الوقوع لا الى وقت الوقوع ، فان انصرف الى وقت الوقوع ، وكانت الواقعة مؤكدة التحقق كالموت ، اعتبر أجلا غير معين تاريخ وقوعه . غير أن تحقق الموت لا يمنع من اعتباره شرطا يعلق عليه الالتزام في بعض الحالات ، كما لو علق الالتزام على وقوع الموت في خلال مدة معينة أو في يوم معين ، لأنه ليس من المحقق أن يتم الموت في هذا الموعد .

ثالثا ـ أن تكون الواقعة أمر ممكنا ، لأنه اذا لم تكن ممكنة ، أي كانت مستحيلة ، تخلفت حقيقة التعليق على الشرط .

والاستحالة قد تكون مادية أي ترجع الى طبيعة الأشياء ، وقد تكون قانونية أي ترجع الى حكم القانون ؛ وفي الحالتين يجب ألا تكون مطلقة، كالتعهد باعطاء جائزة لمن يكتشف دواء يحيي الموتى ؛ والا كان الالتزام باطلا .

رابعا ـ يشترط في الواقعة أن تكون مشروعة ، أي ألا تكون مخالفة

للنظام العام أو الآداب • غير أنه يجب الاحتراس من الخلط بين عــدم مشروعية الشرط وعدم مشروعية الواقعة المعلق عليها تحققه • فالجريمــة عمل غير مشروع ، الا أن عدم مشروعيتها لا يستتبع حتما عدم مشروعية الشرط • فتعليق هبة مال على ارتكاب الموهوب له جريمة ، يعتبر شرطا غير مشروع ، على حين أن اشتراط فسخ الهبة اذا ارتكب الموهوب له هذه الجريمة ، يعتبر تعليقا على شرط مشروع •

المبحـث الثانـي

الاجــل

٤٠١ ــ التعريف بالاجـل :

يكون الالتزام لأجل اذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع (م ١/٢٧١ مدني و ٢/١٠٠ موجبات) •

أي أن الأجل وفقا لهذا التعريف اما أن يكون واقفا يترتب عليــه ارجــاء نفــاذ الالتــزام ، وأما أن يكــون فاسخــا فيؤدي الى انقضاء الالتــزام • والأجــل الفاسخ أو المنهــي لا يعتبــر وصفــا في الالتزام بالمعنــى الفنــي ، لأنــه لا يغــير مــن قــواعــد تنفيــذ الالتــزام شيئا ، بل يكون للدائن أن يطالب بتنفيذ الالتزام فور نشوئه •

٤٠٢ ــ انــواع الاجـل :

ينقسم الأجل فيمايتعلق بالتيقن من تاريخ وقوعه ، الى أجل محدد التاريخ وأجل غير معروف التاريخ ، فمشخصات الأجل تتوافر في الموت رغم انتفاء التيقن من حينه ، لأن وقوعه أمر محقق لا شبهة فيه (م ٢/٢٧١ مدني و ٣/١٠٠ موجبات) •

كذلك ينقسم الأجل من حيث مصدره الى : أجل اتفاقي ، وأجل قانوني ، وأجل قضائي •

فالأجل الاتفاقي مصدره ارادة المتعاقدين ، وهذا الأجل قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا تمليه ظروف التصرف أو طبيعة الالتزام (م ١٠٧ موجبات) • ففي المقاولة يعتبر التزام المقاول مضافا الى أجل واقف ، لأن ظروف التصرف تقتضي قيامه بعمل يستغرق بعض الوقت •

والأجل القانوني هو ما يتكفل القانون بتحديده • ومن أمثلة الأجل القانوني الواقف ، الوصية اذ هي مضافة الى أجل واقف هو موت الموصي• ومن أمثلة الأجل القانوني الفاسخ حق الانتفاع ، فهو ينقضي بموت المنتفع •

وبجانب الأجل القانوني الذي تقرره النصوص الخاصة ، قد يتدخل المشرع في ظروف استثنائية كحرب أو أزمة اقتصادية ، فيقرر مد آجال الديون المستحقة ، رعاية للمصلحة العامة •

والأجل القضائي هو نظرة الميسرة ويمنحها القاضي للمدين حسن النية اذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم (م ٣٤٦/٢ مدني و ١١٥ موجبات) •

٤٠٣ ــ الآثار التي تترتب على اضافة الالتزام الى اجل واقف :

يترتب على اضافة الالتزام الى أجل واقف عدم نفاذه ، وهذا يؤدي الى النتائج الآتية :

أولا ــ لا يجوز للدائن مطالبة المدين بالوفاء قبل حلول الأجل •

ثانيا ــ اذا وفى المدين مع علمه بقيام الأجل اعتبر هذا نزولا منــه عن الأجل ، ولكن اذا كان المدين وقت الوفاء يجهل قيام الأجل فهل لــه استرداد ما أوفى ؟ في القانون اللبناني لا يجوز للمدين الذي وفى عــن غلط قبل حلول الأجل استرداد ما أوفى (م ١٠٨ موجبات) ٠

أما في القانون المصري فله كقاعدة عامة استرداد ما أوفى (م ١٨٣/١ مدني) ، غير أنه استثناء من هذه القاعدة يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر ، فاذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقودا ، التزم الدائن أن يرد للمديــن فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقيــة لحلول الأجــل (م ١٨٣/٢ مدني) ٠

ثالثا ــ لا تقع المقاصة بين حق مؤجل وحق منجز (م ٣٦٢/١ مدني و ٣٣٠/١ موجبات) ، الا اذا تنازل من تقرر الأجل لمصلحته عنه ، وتمسك بالمقاصة ٠

رابعا ــ لا يسري التقادم المسقط بالنسبة الى الحق المؤجل قبــل حلول الأجل ، لوجود المانع القــانوني الذي يحــول دون المطالبة بــه (م ٣٨١/٢ مدني و ١٠٨ موجبات) ٠

٤٠٤ ــ انقضاء الاجــل :

قد ينقضي الأجل طبيعيا بحلول الميعاد المحدد له ، وقد ينقضي بالنزول عنه ممن تقرر الأجل لمصلحته ، ففي القرض بدون فائدة يجوز للمدين رد مبلغ القرض قبل حلول الأجل لأنه يعتبر مقررا لمصلحته ، وفي الوديعــة يعتبر الأجل مقررا لمصلحة الدائن ، فله النزول عنه والمطالبة برد الوديعــة

قبل الميعاد المحدد • وأخيرا قد يسقط الأجل بسبب من الأسباب التي نص عليها القانون وهو ما سنتناوله فيما يلي •

٤٠٥ ـ سقوط الأجـل :

يسقط الأجل قبل الميعاد المحدد له في حالات معينة نص عليها المشرع (م ٢٧٣ مدني و ١١٣ موجبات) ، وهذه هي :

أولا ــ اذا أشهر افلاس أو أعسار المدين ، وهذا طبيعي لأن الدائن لم يمهل المدين الا لثقته في يساره ، فاذا شهر افلاسه أو اعساره فمعنى ذلك أنه لم يكن أهلا لهذه الثقة •

ثانيا ــ اذا أضعف المدين بفعله التأمينات الخاصة التي أعطاها للدائن، كما لو قام بهدم العقار المقرر عليه رهن رسمي للدائن •

ثالثا ــ اذا تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات ، كرهن أو كفالة ، والحكمة من ذلك واضحة ، وهي أن الدائن لم يقبل امهال المدين في الوفاء الا بشرط تقديم التأمين الخاص المتفق عليه ، فان أخل المدين بوعده تعين سقوط الأجل وحلول الدين•

رابعا ــ وفاة المدين في القانون اللبناني دون القانون المصري (م ١١٤ موجبات) •

المبحث الثالث

تعدد محل الالتزام

٤٠٦ ـ الالتزام التخييري :

قد يكون للالتزام أكثر من محل تبرأ ذمة المدين اذا أدى واحدا

منها ، وهذا هو الالتزام التخييري ، والغرض من تعدد محل الالتــزام في هذه الحالة هو رعاية جانب الدائن ، فلا ينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ اذا هلك أحد المحلين بقوة قاهرة ، بل يتعين الوفاء بالمحل الآخر ، وبذلك يضمن الدائن تنفيذ التزامه عينا • ومثال ذلك أن يكون محل الالتزام منزلا أو أرضا زراعية ، فاذا هلك المنزل بسبب أجنبي كالحريق ، فلا ينقضي الالتزام بل يتحدد محلــه في الأرض (م ٢٧٥ ــ ٢٧٧ مدني و ٥٦ ــ ٦٧ موجبات) •

٤٠٧ ــ الالتــزام البدلــي :

قد يكون محل الالتزام شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر ، وهذا هو الالتزام البدلي ، ويسميه قانون الموجبــات اللبناني الالتزام الاختياري ، ومثال ذلك العربون الذي يدفعه البائــع في مقابل العدول عن البيع ، اذ محل التزام البائع هو المبيع ، ولكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام اذا هو أدى العربون (م ٢٧٨ مدني و٦٨ و٦٩ موجبات) •

المبحــث الرابــع

تعــدد طــرفي الالتــزام

٤٠٨ ــ تعــدد الــدائنين والمــدينين :

افترضنا حتى الآن قيام رابطة الالتزام بين دائن واحد ومدين واحد• ولكن قد يحدث أن يتعدد أشخاص هذه الرابطة ، سواء من ناحية الجانب الدائن ، أو من ناحية الجانب المدين ، أو من الجانبين معا • وقــد يقــع هذا التعدد ابتداء كما لو باع عدة ملاك على الشيوع العين المشاعة بينهم ، فيكون كل منهم دائنا للمشتري بالثمن بقدر نصيبه في العين المبيعة • وقد

يكون هذا التعدد طارئا ، وهو ما يحدث في حالة وفاة الدائن عن عدة ورثة ، فيكون لكل وارث أن يطالب مدين المورث بقدر حصته في الدين .

والأصل أن تعدد طرفي الالتزام لا يغير من قواعد تنفيذه شيئا الا في حالتي التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام .

المطلب الاول

التضامن

٤٠٩ ـ التضامن الايجابي والتضامن السلبي :

التضامن وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين أو انقسام الالتزام في حالة تعدد المدينين ، وهو على هذا النحو قد يكون تضامنا ايجابيا أو تضامنا سلبيا .

والغرض من التضامن الايجابي هو تسهيل عملية استيفاء الحق ، اذ يكون لكل من الدائنين المتضامنين أن يستوفي كامل الدين من المدين ، كما يكون لهذا الأخير أن يبرأ ذمته من الدين بالوفاء به لأي من الدائنين . ولما كان هذا الغرض من الممكن تحقيقه عن طريق الوكالة ، قل بالتالي اشتراط التضامن بين الدائنين .

أما الغرض من التضامن السلبي فهو ضمان حصول الدائن على حقه دون أن يتعرض لخطر اعسار أحد المدينين ، ذلك أن ضمانه العام لاستيفاء كامل الدين لا ينصب على أموال مدين واحد ، بل على أموال سائر المدينين المتضامنين ، ولذا يكون له أن يستأدي حقه كاملا من أي منهم .

والتضامن سواء أكان ايجابيا أم سلبيا يقوم على مبادىء ثلاثة تحكم علاقة المتضامنين ، سواء أكانوا دائنين أم مدينين ، بالطرف الآخر ، وهذه المبادىء هي :

أولا ــ وحدة المحل ، ويقصد بذلك أنه يوجد محل واحد لالتزام المدينين المتضامنين نحو الدائن ، أو لحق الدائنين المتضامنين نحو المدين .

ثانيا ــ تعدد الروابط : ذلك أن وحدة المحل لا تمنع من أن كلا من الدائنين المتضامنين تربط بالمدين رابطة مستقلة عن رابطة غيره من الدائنين . وأن كلا من المدينين المتضامنين تربطه بالدائن رابطة مستقلة عن رابطة غيره من المدينين ، أي أن هناك عدد من الروابط القانونية بقدر عدد الدائنين أو المدينين ، وهذه الروابط يستقل بعضها عن البعض الآخر ، ولذا قد يلحق بعضها وصف يختلف عن الوصف الذي تتسم به غيرها ، فقد يكون الدين معلقا على شرط بالنسبة لأحد المدينين ، ومضافا الى أجل بالنسبة الى غيره ، مما يتعين معه الاعتداد بالوصف اللاحق بكل رابطة .

ثالثا ــ النيابة التبادلية بين المتضامنين فيما ينفع دون ما يضر .

هذا وسنقتصر في بحثنا في التضامن على تناول التضامن السلبي لأهميته العملية . أما التضامن الايجابي فسنغفل الكلام عنه نظرا لضآلة شأنه من جهة ، والى أنصراف نفس المبادىء التي تحكم التضامن السلبي اليه من جهة أخرى .

٤١٠ ــ مصادر التضامن السلبي :

القاعدة أن التضامن لا يفترض في المسائل المدنية (م ٢٧٩ مدني

و ٢٤ موجبات) ؛ بل يجب أن يتفق عليه في العقد أو أن ينص عليه القانون . بمعنى أنه اذا تناول الاتفاق عدة مدينين فلا يفترض التضامن فيما بينهم بل يجب أن يستفاد ذلك صراحة من العقد ، وانه لا يجوز أن نقيس على حالات التضامن القانوني ما لم يرد في شأنه نص يقضي بذلك . ومن الأمثلة على حالات التضامن القانوني أنه اذا تعدد المسئولين عن العمل الضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر (م ١٦٩ مدني و ١٣٧ موجبات) .

أما في المسائل التجارية فالأصل افتراض التضامن ما لم يستفاد العكس من العقد أو من القانون (م ٢٤/٢ موجبات) .

٤١١ ـ الآثار التي تترتب على وحدة المحل :

يترتب على وحدة المحل أي وحدة الدين في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن نتائج معينة تتمثل فيما يلي :

أولا ـ للدائن مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين بكل الدين (م ١/٢٨٥ مدني) . واذا رجع الدائن على المدينين منفردين فله مطلق الحرية في اختيار من يطالبه بأداء كل الدين ؛ فان لم يستوف منه حقه كاملا بسبب اعساره ؛ كان له الرجوع بباقي الدين على غيره من المدينين .

ثانيا ـ يقابل حق الدائن في استيفاء كل الدين من أحد المدينين واجبه في قبول الوفاء من أي منهم . ويترتب على وفاء أحد المدينين ، براءة ذمة الباقين بقدر ما استوفاه الدائن منه ، بمعنى أنه اذا استوفى الدائن بعض الدين من أحد المدينين ؛ فلا يجوز له أن يطالب غيره من المدينين الا بباقي الدين (م ٢٨٤ مدني) .

ثالثا ــ التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين نفسه ، بمعنى أنه اذا كان الدين باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية السبب أو المحل ، أو كان لما يستحق بعد لأنه مضاف الى أجل ، فيجوز لمن يطالبه الدائن بالوفاء أن يتمسك بهذا الدفع ، لأنه من قبيل الدفوع المشتركة بين جميع المدينين (م ٢٨٥/٢ مدني) .

٤١٢ ــ الآثار التي تترتب على تعدد الروابط :

يترتب على تعدد الروابط التي تربط المدينين المتضامنين بالدائن ، واستقلال كل رابطة عن غيرها نتائج معينة تتمثل فيما يأتي :

أولا ــ الاعتداد بالوصف الذي يلحق كل رابطة ، فقد تكون رابطة أحد المدينين منجزة . ورابطة غيره معلقة على شرط واقف أو مضافة الى أجل واقف ، وقد يكون الالتزام في جملته مؤجلا ثم يسقط الأجل بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين فقط بسبب اعساره ، وفي جميع هذه الحالات يتعين على الدائن أن يراعي الوصف الذي يلحق رابطة المدين الذي يريد اقتضاء الدين منه (م ٢٨٥/١ مدني) .

ثانيا ــ ينبني على تعدد الروابط أنه قد تنقضي رابطة الالتزام بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين فقط ، دون أن تتأثر بذلك رابطة غيره من المدينين الا في حدود نصيب المدين الأول في الدين .

٤١٣ ــ الآثار التي تترتب على النيابة التبادلية :

تقتصر النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين على ما ينفع دون ما يضر ، من ذلك أنه اذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسري هذا الاقرار في حق الباقين ، واذا وجه الدائن اليمين الحاسمة الى

أحد المدينين فنكل عنها فلا يضار الباقون من هذا النكـول ، أما اذا حلفها فيفيد من ذلك الباقون .

واذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ، أما اذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقـون ... وهكـذا! .

٤١٤ ـ علاقـة المدينين المتضامنين فيما بينهم :

يحكم علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم أمران هما :

أولا ـ انقسام الدين ، بمعنى أنه اذا كان الأصل هو التزام كل مدين من المدينين المتضامنين بكل الدين في علاقته بالـدائن ، الا أنه فيمـا بين المدينين أنفسهم يقسم الدين بينهم حصصا متساوية الا اذا وجـد اتفـاق أو نص يقضي بغير ذلـك .

ثانيا ـ اذا وفى أحد المدينين المتضامنين الـدين للـدائن كان له الرجوع على باقي المدينين بحصة كل منهم في الدين ، سواء في ذلك كـان قد وفى جملة الدين أم جزءاً منه يزيـد على نصيبـه (م ٢٩٧ مدني و ٤٠ موجبـات) .

واذا تصادف في رجوع المدين الموفي على أحـد المدينين أن وجـده معسرا ، فانه لا يتحمل وحده تبعة هـذا الاعسار بل يشاركـه فيه باقي المدينين كل بنسبة حصته في الدين (م ٢٩٨ مدني) [١] .

---

(١) الحق المشرع اللبناني في الحكم حالـة الغيبـة بحالـة الاعسـار (م ٤١ موجبات) .

المطلـب الثانـي

عـدم قابليـة الالتـزام للانقسام

٤١٥ ـ التعريف بالالتزام غير القابل للانقسام :

يعتبر الالتزام غير قابل للانقسام اذا كان لا يقبل تجزئة الوفاء بالنظر الى طبيعة المحل الذي يرد عليه ، أو بالنظـر الى الشروط التي وضعت في شأن تنفيذه .

ولا تستبين فائدة تقسيم الالتزام الى قابل وغير قابـل للانقسام الا عند تعدد طرفيه ، سواء أكان ذلك التعدد في المـدينين أو في الدائنين أو فيهما معا . ذلك أنه اذا لم تضم رابطة الالتزام الا دائنا واحـدا ومدينـا واحدا ، تعين على هذا الأخير أن ينفذ التزامه كاملا ولو كان هذا الالتزام قابلا للانقسام (م ١/٣٤٢ مدني و ١/٣٠٠ موجبات) .

٤١٦ ـ أسباب عدم القابلية للانقسام :

ترجع عدم قابلية الالتزام للانقسام اما الى طبيعة المحـل الذي يرد عليه . واما الى اتفاق المتعاقديـن أو نص القانـون (م ٣٠٠ مدني و ٧٠ موجبات) .

٤١٧ ـ عـدم الانقسام الطبيعي :

يفرق الشراح بين نوعين من عدم الانقسام الطبيعي : أحدهما يكـون فيه عدم الانقسام مطلقا لأن المحل يستعصي بأي صورة من الصـور على الانقسام كما لو باع شخصان حيوانا حيا ، فالتزام كل منهما بتسليمه حيا لا يقبل الانقسام ، ولذا يكون للمشتري الرجوع على أيهما مطالبـا أيـاه بتنفيذ كامل الالتزام ، والآخر يكون فيه عدم الانقسام نسبيا ، لأن المحـل

وان كان يقبل الانقسام الا أنه تمتنع تجزئته بالنظــر الى الغرض المقصود منه ، مثال ذلك التزام مقاول ببناء منزل ، فهذا الالتزام من الممكن تجزئته وفقــا لطبيعة العمل من بناء أو نجــارة أو حدادة ... الخ ، كما يمكن انقسامه وفقا لمراحل العمل المتعاقبة ، ومع ذلك فالتزام المقاول يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة ، لأنه محله وفقا لغرض المتعاقــدين هو المنزل بأكملــه لا أجزاء منه .

٤١٨ ــ عــدم الانقسام المشروط :

يرجع عدم الانقسام المشروط أو عدم الانقسام العرضي لا الى طبيعة المحل (فالمحل يكون فيه قابلا للانقسام) بل الى اتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمني ، أو الى نص في القانون .

ومن الأمثلة على عدم الانقسام الاتفاقي أن يبيع شخص قطعتي أرض الى مشتر واحد بعقد واحد ، ويكون مفهوما فيما بين المتعاقدين أن البائع قد أراد بهذا التصرف أن يوفي من ثمنهما معا دينا عليه ، فيكــون التــزام المشتري بالنسبة للقطعتين التزاما واحداً لا يقبل الانقسام .

٤١٩ ــ آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام :

يترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام أن يكون للدائن مطالبة أي مدين من المدينين المتعددين بوفاء كامل الالتزام ، وليس للمــدين المطالب أن يحيل الدائن على باقي المــدينين ، بل كل ما له هو أن يطالب بتأجيــل الدعوى حتى يدخل باقي المدينين فيها .

واذا تعدد الدائنــون بالتزام غير قابــل للانقسام ، سواء نشأ هذا التعدد ابتداء عند قيام الرابطة القانونية أو نتيجة لوفاة الدائن عن عــدة

ورثة ، كان لكــل منهم أن يستأدي كل الــدين من المــدين (٣٠٢/١ مدني) [1] .

(١) يختلف الحكم في القانون اللبناني عنــه في القانــون المصري ، لان القانون اللبناني يتطلب ان يوفي المدين لجميع الدائنين معا ، كما أن كل دائن منهم لا يستطيع ان يطلب التنفيذ الا باسم الجميع وبتفويض منهــم (م ٧٢ موجبــات) .

الفصل الثاني

انتقال الالتزام

٤٢٠ ـ حوالة الحق وحوالة الدين :

رأينا أن الرابطة القانونية بين الدائن والمدين تسمى بالحق اذا نظر اليها من جانب الدائن وتسمى بالالتزام أو الدين اذا نظر اليها من ناحية المدين . ويمكن التصرف في هذه الرابطة باعتبارها حقا وهذه هي حوالة الحق ، كما يمكن التصرف فيها باعتبارها دينا وهذه هي حوالة الدين .

الفرع الأول

حوالة الحق

٤٢١ ـ التعريف بحوالة الحق :

حوالة الحق اتفاق ينقل به الدائن ما له من حق قبل المدين الى شخص آخر يصبح دائنا مكانه . ويسمى الدائن الأصلي في هذه الحالة بالمحيل ، والدائن الجديد بالمحال له ، والمدين بالمحال عليه .

وحوالة الحق قد تتم في مقابل ثمن نقدي فتأخذ حكم البيع ، وقد تتم بلا مقابل فتأخذ حكم الهبة (م ٣٠٣ ـ ٣١٤ مدني و ٢٨٠ ـ ٢٨٦ موجبات) .

٤٢٢ ـ شروط انعقاد ونفاذ الحوالة :

تتم حوالة الحق برضاء المحيل والمحال له فقط ، غير أنها لا تنفذ في مواجهة المدين الا بقبوله للحوالة أو اعلانه بها ، كما لا تنفذ في مواجهة الغير (كمحال له ثان) الا اذا كان هذا القبول أو الاعلان ثابت التاريخ . والاعلان يعتبر دائما ثابت التاريخ لأنه يتم بورقة رسمية من أوراق المحضرين .

واذا كان الأصل أن تنفذ الحوالة قبل الغير بقبول المدين لها أو اعلانه بها الثابت التاريخ ، الا أنه ترد على هذا الأصل استثناءات يقصد بها تارة التشديد وتارة التخفيف من الاجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة .

فمن الاجراءات التي يقصد بها التشديد أن حوالة الأجرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات يجب تسجيلها حتى تسري على الغير (م ١١ من قانون الشهر العقاري المصري) .

ومن الاجراءات التي يقصد بها التخفيف ما تعلق بالسندات لحاملها . فهذه السندات تنتقل الملكية فيها بالتسليم في مواجهة الكافة دون حاجة الى اجراء آخر وكذلك الشأن فيما يتعلق بالسندات الاذنية من كمبيالات وسندات تحت الاذن وشيكات ، فهذه السندات تتم حوالتها وتكون نافذة قبل المدين والغير بطريق التظهير أي بطريق التحويل على ظهر السند .

الفرع الثاني
حوالة الدين

٤٢٣ ـ التعريف بحوالة الدين :

حوالة الدين اتفاق ينتقل به عبء الدين من المدين الأصلي الى

شخص آخر • وأهم ما تتميز به حوالة الدين هو أن بها تبرأ ذمة المدين الأصلي قبل الدائن ، كما أن تفس الدين بصفاته كما لو كان معلقا على شرط أو مضافا الى أجل ، وبدفوعه كما لو كان قابلا للابطال ، وبتأميناته كما لو كان مضمونا برهن رسمي ، ينتقل الى المدين الجديد (م ٣١٥ — ٣٢٢ مدني و ٢٨٧ — ٢٨٩ موجبات) •

٤٢٤ ـ شروط انعقاد ونفاذ حوالة الدين :

تنعقد حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي وهو المحيل مع المدين الجديد وهو المحال عليه ؛ ولكنها لا تكون نافذة في حق الدائن الا اذا أقرها ؛ واذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي باعلان الحوالة الى الدائن ؛ وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة •

واقرار الدائن للحوالة أو رفضه لها قد يكون صريحا أو ضمنيا •

٤٢٥ ـ آثار حوالة الدين :

اذا أقر الدائن الحوالة انتقل الدين ذاته من المدين الأصلي الى المحال وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار، ذمة المدين الأصلي •

ولما كان الاستخلاف يتم على نفس الدين الأصلي ؛ فان هذا الدين يظل محتفظا بصفاته ودفوعه وتأميناته •

٤٢٦ ـ صورة خاصة لحوالة الدين :

كما تنعقد الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ؛ كذلك

تنعقد باتفاق بين الدائن والمحال عليه • ولا يشترط في هذه الصورة رضاء المدين الأصلي بالحوالة ، فهي تنعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيهـا ، لأنه اذا كان الوفاء يجوز من غير المدين ولو بغير علمه أو رغم معارضته ، فكذلك يجوز أن يتحمل الغير الدين عن المدين دون حاجـة الى رضـاه (م ٣٢٣ مدني و ٢٩٢ موجبات) •

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام

٤٢٧ ـ أسباب الانقضاء :

يمكن رد أسباب انقضاء الالتزام الى ثلاث طوائف جامعة وهي :

أولا ـ انقضاء الالتزام بالوفاء ، وهو السبب المألوف في أداء الحقوق .

ثانيا ـ انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، ويتحقق ذلك في الوفاء بمقابل أو الوفاء بأداء العوض كما يسميه القانون اللبناني ، والتجديد والانابة ، والمقاصة ، واتحاد الذمة .

ثالثا ـ انقضاء الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء ، ويكون ذلك في الابراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم المسقط .

الفرع الأول

الوفاء

٤٢٨ ـ التعريف بالوفاء ونوعاه :

الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام ، لأنه يتمثل في تنفيذ

ذات الالتزام الذي تعهد به المدين أيا كان محلـه ، أي سواء أكان محلـه دفع مبلغ من النقود ، أو تسليم شيء ، أو القيام بعمل ... الخ . وبذلك يختلف المعنى القانوني للوفاء ، عن معناه الـدارج ، اذ يقتصر في المعنـى الأخير على النقود كمحل للالتزام .

والوفاء قد يكون بسيطا ، وهذه هي الصورة العادية له ، وقد يكون وفاءً مع الحلول اذا قام غير المدين بوفاء الدائن وحل محله في الرجوع على المدين ، وسننظر فيما يلي في كل نوع من هذين النوعين .

المبحـث الأول

الوفـاء البسيط

٤٢٩ ـ المـوفي :

الأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه صاحب المصلحـة في قضاء الدين ، وقد يتولاه عنه نائبه سواء أكانت نيابته قانونية أو اتفاقية كالولي والوصي والوكيل .

وقد يتم الوفاء من غير المدين ، وهذا الغير قد تكون له مصلحـة في الوفاء بالدين كما لو كان كفيلا أو مدينا متضامنا . وقد لا تكون للغـير مصلحة في الوفاء . ولكن يقـوم به اما الرغبة في التبرع للمـدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه ، واما لأنه فضولي ورأى أن يقي المدين شر اجراءات التنفيذ القهري المهدد بها على أمواله .

والأصل أنه ليس للدائن رفض الوفاء من غير المدين ، بل هو ملـزم بقبوله الا في حالتين :

الأولى ـ اذا نص في الاتفاق المنشىء للالتزام أو استوجبت طبيعته أن يقوم به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره (م ٢٠٨ مدني و ٢٩٢ / ١ موجبات) .

الثانية ـ اذا كان الغير الذي يريد الوفا ء بالدين لا مصلحة له في ذلك ، واعترض المدين على قبول الوفاء منه وأبلغ الدائن هذا الاعتراض. وفي هذه الحالة يكون الدائن حرا بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه ، ولو أنه من الصعب تصور رفض الدائن للوفاء في هذه الحالة (م ٣٢٣/٢ مدني) .

٤٣٠ ـ الموفى لـه :

القاعدة أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين ، وله أن ينيب عنه وكيلا في ذلك . ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلا لاستيفاء الدين ، فاذا كان قاصرا وجب أن يتم الوفاء لنائبه القانوني كالولي أو الوصي ، فاذا حصل الوفاء مع ذلك للقاصر كان قابلا للابطال ، ولا يزول عنه هذا العيب الا اذا أجازه القاصر بعد بلوغه سن الرشد .

على أن الوفاء لناقص الأهلية وان كان معيبا ، الا أنه يبرىء ذمة المدين من الدين بقدر ما عاد على القاصر من منفعة [illegible] الوفاء ، كما لو أنفقه في تعليمه مثلا .

واذا تم الوفاء لغير الدائن أو لغير ذي صفة في استيفاء الدين ، فلا تبرأ ذمة المدين من المدين ، ويتعين عليه الوفاء به ثانية للدائن ، لأن القاعدة أن من يفي بالدين غلطا يفي به مرتين . غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالات ثلاث وهي :

أولا ــ اقرار الدائن للوفاء .

ثانيا ــ اذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء وبقــدر هذه المنفعة . مثال على ذلك أن يقوم المدين بوفاء الدين لدائن الدائن دون أن يطالبه هذا الأخير بالوفاء ، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة المدين بقدر ما اقتضى من دين على دائنه للموفي له .

ثالثا ــ اذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الــدين في حيــازته وهو ما يسمى بالدائن الظاهر ، كما لو تم الوفاء لوارث ثم ظهر فيما بعــد أنه محجوب بوارث آخر (الوارث الظاهر) ، أو تم الوفاء لموصي له ثم تبين أن الوصية باطلة .

٤٣١ ــ محــل الوفــاء :

الأصل أن يكون الوفاء بعين ما التزم به المدين ، سواء كان الالتزام باعطاء شيء أو كان التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل ، فلا يجوز للمــدين الزام الدائن بقبول شيء آخر غير الشيء المستحق ولــو كان مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى (م ٣٤١ مدني و ١/٩٩ موجبات) .

واذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالنوع ، فليس على المدين ، اذا لم تذكر درجة الجودة ، الا الوفاء بشيء من الصنف المتوسط ، بمعنى انه لا يلتزم بالوفاء بشيء من أجود صنف ، كما لا يجوز له الوفاء بشيء من أردىء صنف ، (م ٢/١٣٣ مدني و ٣٩٩ موجبات) .

واذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات ، عقارا كان أم منقولا ، وجب على المدين تسليمه الى الدائن بالحالة التي هو عليها وقت الوفاء ، الا اذا اتفق على غير ذلك .

واذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر (م ١٣٤ مدني) .

٤٣٢ ـ عدم جواز تجزئة الوفاء :

اذا كان الدين معين المقدار مستحق الاداء ، فلا يجوز الزام الدائن بقبول الوفاء بجزء منه ولو كان هذا الدين قابلا للانقسام . وهذه القاعدة لا تنصرف فقط الى أصل الدين بل تسري كذلك بالنسبة لملحقاته كالمصاريف والفوائد ، فلا يجوز للمدين اجبار الدائن على قبول الوفاء بأصل الدين منفصلا عن ملحقاته .

على أن الحكم السابق في شأن عدم تجزئة الوفاء لا يجري على اطلاقه ، بل ترد عليه استثناءات معينة : فقد يتفق في العقد على تخويل المدين حق تجزئة الوفاء ، وقد ينظر القاضي المدين الى آجال ينفذ فيها التزامه (م ٣٤٦ / ٢ مدني و ٣٠٠/٣ موجبات) ، وقد يبيح القانون هذه التجزئة كما هو الشأن في المقاصة وبها ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما (م ٣٠٠/ ٢ موجبات) .

٤٣٣ ـ تعدد الديون من جنس واحد واحتساب الخصم :

اذا تعددت الديون في ذمة المدين لدائن واحد ، وكانت جميعها من جنس واحد كنقود مثلا ، وأدى المدين مبلغا لا يفي بها جميعا ، فعلى أي أساس يكون احتساب الخصم أي تعيين جهة الدفع ؟

تعرض هذه المسألة في حالتين : الأولى اذا كان المبلغ الذي دفعه المدين لا يكفي للوفاء بأصل الدين وما يتبعه من ملحقات كمصاريف

وفوائد ، وفي هذه الحالة يخصم ما يؤديه المدين من حساب المصروفات ، ثم من حساب الفوائد ، ثم من أصل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك .
الثانية اذا تعددت الديون واتحدت جنسا ، كان للمدين الخيار في تعيين ما يقصد الى وفائه منها ، ما لم يحصل دون ذلك مانع اتفاقي ، كما لو اتفق على أن يبدأ الوفاء بدين يعين ، أو مانع قانوني ، كما لو اختار الخصم من دين مضاف الى أجل ضرب لمصلحة الدائن .

واذا لم يعين المدين الدين الذي يريد قضاءه ، انتقل هذا الخيار الى الدائن في القانون اللبناني ، أما في القانون المصري فيتولى القانون في هذه الحالة تعيين جهة الدفع .

وجهة الدفع وفقا للقانون هي على الترتيب الآتي : يكون الخصم من حساب الدين المستحق الأداء ، فاذا توافر هذا الوصف في عدة ديون فيكون الخصم من حساب الدين الذي يكون للمدين في الوفاء به مصلحة أكثر من سواه ، كما لو كان هذا الدين يغل فائدة أكبر ، فاذا تساوت الديون في الكلفة فيكون الخصم من حساب الدين الذي يعينه الدائن في القانون المصري ، ومن حساب الديون جميعا بنسبة مقاديرها في القانون اللبناني (راجع المواد ٣٤٣ ــ ٣٤٥ مدني و ٣٠٧ ــ ٣٠٩ موجبات) .

٤٣٤ ــ زمان ومكان الوفاء ومصاريفه :

يعتبر الالتزام بصفة عامة مستحق الأداء بمجرد نشوئه الا اذا كان مضافا الى أجل أو معلقا على شرط واقف . ويجوز للقاضي أن يمهل المدين حسن النية الى أجل معقول أو الى آجال ينفذ فيها التزامه اذا كان ذلك لا يضر بالدائن ضررا جسيما (م ٣٤٦/٢ مدني و ٣٠٠/٣ موجبات) ، ويسمى ذلك بنظرة الميسرة .

وفيما يتعلق بمكان الوفاء يرجع الى ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في هذا الشأن ، فاذا لم تتبين هذه الارادة أو كان الالتزام قانونيا وجب الرجوع الى الأحكام التي أوردها المشرع في هذا الموضوع ، ومن مقتضاها يكون الوفاء بالأشياء المعينة بالذات في مكان وجودها وقت نشوء الالتزام . ويكون الوفاء بالأشياء المعينة بالنوع في موطن المدين وقت الوفاء ؛ لأن القاعدة بالنسبة لهذه الأشياء كالنقود مثلا أن على الدائن أن يسعى الى استيفاء حقه دون أن يسعى المدين الى الوفاء به ، ويعبر عن هذه القاعدة بأن « الدين مطلوب لا محمول » (راجع م ٣٤٧ مدني و ٣٠٢ موجبات) .

أما عن مصاريف الوفاء فالأصل أن يتحمل بها المدين الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (م ٣٤٨ مدني و ٣٠٤ موجبات) .

المبحث الثاني

الوفاء مع الحلول

٤٣٥ ـ التعريف بالوفاء مع الحلول وفائدته :

الوفاء اما أن يتم بمعرفة المدين نفسه واما أن يتم بمعرفة الغير ، فان تم بمعرفة المدين انقضى الدين نهائيا ؛ وان تم بمعرفة الغير كان له الرجوع على المدين بأحد دعويين هما : الدعوى الشخصية باعتباره دائنا بدين جديد ؛ واما بدعوى الحلول باعتباره قد حل محل الدائن الأصلي في الدين القديم بما له من خصائص وما يرد عليه من دفوع وما يتبعه من تأمينات .

وفائدة الوفاء مع الحلول . تتجلى بالنسبة للموفي في الحصول على توظيف مأمون لأمواله وبالنسبة للدائن في حصوله على حقه في وقت قد لا يستطيع المدين الوفاء له به ؛ وبالنسبة للمدين في تجنب التنفيذ على

أمواله بمعرفة الدائن ، في فترة قد يتعــذر فيها عليه تــلافي مثــل هــذا الاجــراء •

٤٣٦ ـ حــالات الوفــاء مــع الحلــول :

الحلول على نوعين ، فهو قد يكون اتفاقيا ، يتم باتفــاق الغير مــع الدائن أو باتفاق الغير مع المدين ، وقد يكون قانونيا يقع بقوة القانــون دون حاجة الى اتفاق في حالات معينة •

٤٣٧ ـ الحلــول بالاتفــاق مع الدائن :

يتم الحلول بالاتفاق مع الدائن بأن يتفق الدائن مع الغير الذي وفى له حقه على أن يحل الغير محله في الحق الذي وفاه ، ولا ضرورة لرضــاء المدين بذلك •

ويجب أن يتم الاتفاق على الحلول بين الدائن والموفي وقت الوفــاء منعا للغش ، لأن الدائن قد يتواطأ مع المدين بعد أن يكون قــد استوفى حقه ، فيتفقان غشا على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثــان متأخر في المرتبة ، فيما لو أقر المشرع صحة الاتفاق على الحلــول بعــد الوفاء (م ٣٢٧ مدني و ٣١٣ موجبات) •

ويشترط في المخالصة التي تتضمن وفاء مع الحلول أن تكون ثابتة التاريخ حتى يحتج بالاتفاق على الحلول في مواجهة الغير كالدائن المرتهــن الثاني مثلا •

٤٣٨ ـ الحلــول بالاتفــاق مــع المــدين :

يجوز للمدين الاتفاق مع الغير على الوفاء بدين الدائن والحلول ولو بدون رضاء الدائن ، إذا توافرت الشروط الآتية :

أولا — أن يكون هناك قرض عقده المدين مع الغير بقصد الحصول على المال اللازم للوفاء بدين الدائن .

ثانيا — أن يذكر في عقد القرض أن المال المقترض قد خصص للوفاء بدين الدائن .

ثالثا — أن يذكر في المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد .

رابعا — أن يكون لعقد القرض ولسند المخالصة تاريخ ثابت منعا للغش . لأن المدين قد يوفي الدائن المرتهن الأول من ماله الخاص ، ثم يحتاج بعد ذلك الى نقود فيتفق مع المقرض على تقديم تاريخ القرض حتى يسبق تاريخ الوفاء ، ليحل بذلك المقرض محل الدائن المرتهن الأول ، أضرارا بالدائن المرتهن الثاني ، في حين أن مثل هذا التحايل يمتنع اذا اشترطنا ثبوت تاريخ القرض وتاريخ المخالصة حتى يحتج بهما في مواجهة الغير ، كالدائن المرتهن الثاني (م ٣٢٨ مدني و ٣١٤ موجبات) .

٤٣٩ — الحلول القانوني :

يتم الحلول بقوة القانون في حالات معينة دون حاجة الى اتفاق الموفي مع المدين أو مع الدائن ، والجامع بين هذه الحالات أن الموفي يكون غيرا له مصلحة في الوفاء بالدين . وقد تناولت هذه الحالات المادتان ٣٢٦ مدني و ٣١٢ موجبات ، من ذلك حالة ما اذا كان الموفي شخصا ملزما بالدين مع المدين كالمدين المتضامن أو شخصا ملزما بالوفاء الدين عن المدين كالكفيل .

الفـرع الثانـي

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٤٤٠ ــ طرق الانقضاء المعادلة للوفاء :

ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء بسبب من الأسباب الآتية : الوفـاء بمقابل ، التجديد والانابة ، المقاصة ، اتحاد الذمة . ويجمع هذه الأسباب كلها ، أن كلا منها يهيء سبيلا لابراء ذمة المدين دون الوفـاء بعين مـا التزم به .

ففي الوفاء بمقابل يتلقى الدائن شيئا آخر خلاف الشيء محل الالتزام، وفي التجديد يفي المدين الالتزام القديم بانشاء التزام جديد ، وفي المقاصة واتحاد الذمة يتم الوفاء للدائن بانقضاء التزام عليه .

المبحـث الأول

الوفـاء بمقابـل

٤٤١ ــ التعريف بالوفاء بمقابل :

الوفاء بمقابـل ويسمى كذلك بالاعتيـاض أو الايفاء بأداء العوض كما أطلق عليه المشرع اللبناني ، هو قبول الدائن من المـدين في استيفـاء حقـه شيئا آخر خلاف الشيء المستحق أصلا . واذا كانت الصورة الغالبة للوفاء بمقابل هو أن ينقل المدين الى الدائن ملكيـة عقـار أو منقـول وفاءً لالتزام بمبلغ من النقـود ، الا أن ليس هناك ما يمنع من ان يكون الالتزام الأصلي متعلقا بنقل ملكيـة عقـار معين كأرض ، فيقبل الدائـن وفاء لهذا الالتزام تقديم عقار آخر كمنزل مثلا ، أو أن يقبـل بدلا منـه مبلغا من النقود .

٤٤٢ ـ الشروط اللازمة لتحقيق الاعتياض :

ظاهر من التعريف السابق ومن الأمثلة التي أوردناها للوفاء بمقابل ، أنه يشترط لتحقيق الاعتياض :

أولا ــ أن يعطي المدين للدائن شيئا وفاء لالتزام عليه .

ثانيا ــ ألا يكون هذا الشيء هو المستحق أصلا على المدين .

ثالثا ــ أن يقبل الدائن الوفاء بمقابل ، غير أنه لا يشترط في قبول الدائن أن يكون صريحا ، بل قد يكون ضمنيا ، ويعد من قبيل القبول الضمني عدم اعتراض الدائن أو ابداء أي تحفظ عند الايفاء بأداء العوض (م ٣٥٠ و ٣٥١ مدني و ٣١٨ و ٣١٩ موجبات) .

المبحث الثاني

التجديد والانابة

٤٤٣ ـ التعريف بالتجديد وانواعه :

التجديد هو اتفاق يقصد به استبدال التزام جديد بالتزام قديم مغاير له في عنصر من عناصره . هذا العنصر قد يكون متعلقا بالدين ، أو بشخص المدين ، أو بشخص الدائن (راجع م ٣٥٢ ــ ٣٥٨ مدني و ٣٢٠ ــ ٣٢٥ موجبات) .

فالتجديد بتغيير الدين يتم بين نفس طرفيه ، عن طريق تغيير محله أو سببه ، وبذلك ينشأ بينهما التزام جديد مغاير للالتزام القديم في المحل أو السبب أي المصدر . ومثال التجديد بتغيير المحل ، لاتفاق على أن يلتزم

شخص مدين بمقدار معين من القمح ؛ على اعطاء الدائن مبلغا من النقـــود بدلا منه أو العكس •

ومثال التجديد بتغيير السبب أي المصـــدر ، استبقـــاء المشتري أو المستأجر دين الثمن أو دين الأجرة على سبيل القرض •

أما التجديد بتغيير المدين فيتم بأحد طريقين : الأول ــ أن يتفق الدائن مع أحد الأغيار على أن يكون مدينا مكان المدين الأصلي ، مع براءة ذمة هذا الأخير ، ويسمى التجديد في هذه الحالة تعهدا بالوفـــاء ، ويتـــم دون حاجة الى رضاء المدين الأصلي به • الثاني ــ أن يتفق المدين مع الدائـــن على أن يكون شخص آخر مدينا مكانه ، ويقبل هذا الشخص أن يكـــون هو المدين الجديد ، أي أن التجديد يتم في هذه الحالة برضاء الأطـــراف الثلاثة وتسمى هذه الحالة بالانابة الكاملة في الوفاء •

أما التجديد بتغيير الدائن فيتم بالاتفاق بين الدائن والمدين والأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد •

٤٤٤ ــ آثـــار التجديـــد :

يستتبع التجديد انقضاء الالتزام القديم بتوابعه ، ومن هذه التوابع التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به ، الا أن المشرع أجاز الاتفاق على نقل هذه التأمينات الى الالتزام الجديد بشرط عـــدم الأضرار بالغير ، ولـــذا يشترط أن يتم الاتفاق على نقل التأمينات مع الاتفـــاق على التجديـــد في وقت واحد ، وأن يكون هذا الاتفاق ثابت التاريخ • لأنه لو تم التجديـــد دون اتفاق على نقل التأمينات ، لانقضى الالتزام القديم بتأميناته ، دون استطاعة بعثها من جديد •

٤٤٥ ـ الانابة :

الانابة عمل قانوني به يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه . وهي على هذا النحو تفترض وجود أطراف ثلاثة هم : المنيب (المفوض) أي المدين ، والمناب لديه (المفوض لديه) أي الدائن . والمناب (المفوض اليه) وهو الغير الذي يرتضي وفاء الدين مكان المدين .

ولا تقتضي الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين (المنيب) والأجنبي (المناب) ، ولو أن الغالب أن يكون المنيب دائنا للمناب ، فيرتضي الأخير الانابة ليقضي عن طريقها هذا الدين ، كما لو باع مدين عقارا له وكلف المشتري بدفع الثمن لدائنه .

٤٤٦ ـ انواع الانابة :

تنقسم الانابة الى نوعين : الأول ـ الانابة الناقصة وفيها لا يبرىء المناب لديه ذمة مدينه المنيب ، بل يقبل المناب كمدين آخر ، فيكون له مدينان عوضا عن مدين واحد ، وهذا هو الفرض الغالب . الثاني ـ الانابة الكاملة وفيها يبرىء المناب لديه أي الدائن ذمة مدينه المنيب ، ويرتضي المناب مدينا بدله ، ولذا فهي تتضمن تجديدا بتغيير المدين (راجع المواد ٣٥٩ ـ ٣٦١ مدني و ٣٢٦ و ٣٢٧ موجبات) .

المبحث الثالث

المقاصة

٤٤٧ ـ التعريف بالمقاصة واهميتها :

المقاصة (La compensation) طريق من طرق انقضاء الالتزام ،

الغرض منها تسهيل عملية الوفاء به ، بمنع الوفـاء المـزدوج • وتتحقق المقاصة عندما يتلاقى دينان في ذمـة شخصين ، اجتمعت في كـل منهمـا صفة الدائن والمدين ، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما •

وأهمية المقاصة تتمثل في أنها تعتبر بالنسبة لكل طرف مـن طرفيهـا بمثابة ضمان يجنبه مزاحمة باقي دائني الطرف الآخر ، فيما لو اضطر الى الوفاء بما عليه ، ثم الرجوع بما له على مدينه ، وعلى هذا النحـو تعتبـر المقاصة حالة من الحالات النادرة التي يتمتع فيها الدائن العادي بامتيـاز فعلي بالنسبة لباقي دائني مدينه (راجع المواد ٣٦٢ ــ ٣٦٩ مدني و ٣٢٨ ــ ٣٣٦ موجبات) •

٤٤٨ ــ انـواع المقاصـة :

المقاصة على أنواع ثلاثة : مقاصة قانونية وتقع بحكم القانـون اذا توافرت شروطها ، وهي التي تعنينا هنا • ومقاصة اختيارية وتقع باتفـاق الطرفين أو بارادة أحدهما ، اذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية ، وكان مقصود به مصلحة الطرفين معا أو مصلحة أحدهمـا فقط • وأخيرا مقاصة قضائية وتقع بحكم القضاء اذا تخلـف شرط من شروط المقاصـة القانونية كذلك •

٤٤٩ ــ شروط المقاصة القانونية :

يشترط لوقوع المقاصة القانونية توافر الشروط الآتية :

أولا ــ أن يكون الدينان بين نفس الشخصين •

ثانيا ــ أن يكون الدينان واردين على نقـود أو مثليات متحـدة في النـوع •

ثالثا ــ أن يكون الدينان خاليين من النزاع .

رابعا ــ أن يكون الدينان مستحقي الأداء .

خامسا ــ أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء .

٤٥٠ ــ الشرط الأول ــ أن يكون الدينان بين نفس الشخصين :

يجب لوقوع المقاصة أن يكون هنالك تقابل بين الدينين ، والتقابل يتطلب أن يكون كل شخص دائنا ومدينا للآخر في نفس الوقت .

كذلك يستلزم التقابل أن يكون كل شخص دائنا ومدينا بصفة واحدة . فاذا كان أحد الشخصين دائنا للآخر بصفته وصيا على قاصر . ومدينا له بصفته الشخصية ، فلا يستطيع أن يطلب المقاصة بين حق القاصر ودينه الشخصي .

ولا يجوز للشريك أن يطلب المقاصة بين ما هو حق للشركة وبين دينه الشخصي . ولا يصح للوكيل أن يطلب المقاصة بين حق موكله ودينه هو .

٤٥١ ــ الشرط الثاني ــ أن يكون الدينان واردين على نقود أو مثليات متحدة في النوع :

لما كانت المقاصة تقوم بالنسبة لانقضاء الالتزام مقام الوفاء ، وجب أن يكون موضوع الدينين من نوع واحد ، حتى يستوفي كل طرف الشيء المستحق له ، وعادة تقع المقاصة بين دينين من النقود ، غير أنه من الجائز أن تقع بين أشياء مثلية أخرى ، بشرط أن تكون متحدة في النوع ودرجة الجودة . كمقاصة قطن بقطن من نفس الصنف ودرجة الجودة .

٤٥٢ ـ الشرط الثالث ـ ان يكون الدينان خاليين من النزاع :

يعتبر الدين خاليا من النزاع اذا كان ثابتا أي مؤكدا ، ومقـدرا . ويشترط في النزاع الذي يمنع وقوع المقاصة القانونية أن يكون جديا ، والغرض من هذا الشرط الأخير هو منع المدين من اثارة منازعة مصطنعـة في دين ثابت حتى يحول دون وقوع المقاصـة .

ولكن اذا كان النزاع جديا ، وامتنع وقـوع المقاصة القانونيـة ، فيمكن لصاحب المصلحة المطالبة بالمقاصة القضائية . وكما يجب أن يكون الدين ثابتا، فيجب كذلك أن يكون مقدرا، والا امتنع وقوع المقاصة القانونية، ومثال الدين غير المقدر : التزام بتعويض لم يقدره القضاء بعد .

٤٥٣ ـ الشرط الرابع ـ ان يكون الدينان مستحقي الأداء :

لما كانت المقاصة تعتبر وفاء قانونيا مزدوجا ، وجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء . وعلى ذلك تمتنع المقاصة اذا كان أحد الدينين معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد ، أو مقترنا بأجل واقف لم يحل بعد .

هذا مع ملاحظة أنه لا تحول دون وقوع المقاصة نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي ، لأن نظرة الميسرة المقصود بها رعاية المدين الذي يفتقر مؤقتا الى المال اللازم للوفاء بدينه ، فان ظهر له مال تمثل في حق له قبل دائنه ، وجب اعمال المقاصة .

٤٥٤ ـ الشرط الخامس ـ ان يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء :

أي يجب أن يكون كل من الدينين من الممكن رفع الدعوى به لقهر المدين على الوفاء به . وعلى ذلك لا تقع المقاصة اذا كان أحد الالتزامين التزاما طبيعيا ، والآخر التزاما مدنيا ، لأن الالتزام الطبيعي لا يمكن المطالبة به قضاء وقهر المدين به على الوفاء .

٤٥٥ ـ الديون التي لا تجوز فيها المقاصة القانونية :

الأصل أن المقاصة تقع في الديون أيا كان مصدرها ؛ غير أن المشرع استبعد حالات معينة من هذا الأصل ، وقرر عدم جواز المقاصة القانونية فيها ولو توافرت شروطها ، وهذه الحالات هي :

أولا ـ اذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده . وليس هذا الا تطبيقا لقاعدة حظر اقتصاص الشخص لنفسه.

ثانيا ـ اذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية الاستعمال وكان مطلوبا رده . والعلة في هذا الاستثناء أن مناط الوديعة أو العارية هي الثقة التي للمودع أو المعير في شخص المودع لديه أو المستعير ، وهذه الثقة تستوجب رد الشيء المودع أو المعار ، ولو كان حافظ الوديعة أو المستعير دائنا بمثل ما أؤتمن عليه ، لما لهذا الائتمان الخاص من اعتبار في هذين النوعين من العقود .

ثالثا ـ اذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز ؛ والعلة في هذا أن المقاصة لا تعتبر وفاء اختياريا بل وفاء قهريا ، ولذا تأخذ حكم الحجز ، ويمتنع التمسك بها اذا كان أحد الحقين غير قابل للحجز عليه . وعلى ذلك لا يجوز لمن كان مدينا بدين نفقة أن يتمسك في مواجهة دائنه بالمقاصة ، لأن حق النفقة غير قابل للحجز .

رابعا ـ اذا نزل المدين مقدما عن حقه في التمسك بالمقاصة وذلك في القانون اللبناني فقط (م ٤/٣٣١) دون القانون المصري . ذلك أن القانون الأخير ينص في المادة ١/١٦٥ مدني على أنه لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها ، أي قبل توافر شروطها ، وذلك حماية منه للجانب الضعيف من المتعاملين ، بعد أن تبين أن من الدائنين ـ وخاصة

ابنوك ــ من يشترط على المدينين التنازل مقدما عن التمسك بالمقاصة فيم قد ينشأ نهم في المستقبل من حقوق في ذمة دائنيهم •

٤٥٦ ــ آثار المقاصة :

المقاصة وفاء مزدوج لأن كل طرف من الطرفين يوفي دينه بحقه • ولكن اذا اختلف مقدار الدينين ، وهذا هو الغالب ، فان انقضاءهما يكون بقدر الأقل منهما ، ومعنى ذلك أن الدين الأكبر لا ينقضي بتمامه بل بقدر ما يقابله من الدين الأصغر ، ولذا تعتبر المقاصة احدى الحالات الاستثنائية التي يجيز فيها المشرع الوفاء الجزئي دون حاجة الى رضاء الدائن بذلك •

والمقاصة القانونية لا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولذا يمتنع على القاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه ، بل ان السكوت عن التمسك بها من صاحب المصلحة فيها ما يعتبر نزولا ضمنيا عنها ، والنزول عن المقاصة جائز بعد ثبوت الحق فيها في القانون المصري ومن باب أولي في القانون اللبناني ، لأن هذا القانون الأخير يجيز النزول عنها حتى قبل توافر شروطها •

ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين لا من وقت التمسك بها ، بل من الوقت الذي أصبحا فيه صالحين للمقاصة ، ويترتب على ذلك أنه اذا كان أحد الدينين يغل فائدة ، فلا تحتسب الفائدة عن المدة ما بين توافر شروط المقاصة ووقت التمسك بها ، لأن هذا الدين يعتبر قد انقضى من وقت الصلاحية للمقاصة •

المبحث الرابع

اتحاد الذمة

٤٥٧ ـ التعريف باتحاد الذمة واقسامه :

اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة الى دين واحد . واتحاد الذمة لا يقتصر على الالتزامات أو الحقوق الشخصية وحدها ، بل يتناول كذلك الحقوق العينية ؛ ويسمى في هذه الحالة « بالادغام » (راجع المادة ٣٧٠ مدني و ٣٣٧ موجبات) .

٤٥٨ ـ اتحاد الذمة في الحقوق العينية :

قد تتجزأ عناصر الملكية فيكون لشخص حق الانتفاع ولآخر حق الرقبة ، فاذا توفى الثاني وورثه الأول تجمعت هذه العناصر لشخص واحد ، وزال حق الانتفاع الذي كان مقررا على عقار الغير .

٤٥٩ ـ اتحاد الذمة في الحقوق الشخصية :

ينقضي الدين أي الحق الشخصي باتحاد الذمة اذا خلف الدائن المدين ، أو خلف المدين الدائن ، لأنه لا يجوز أن يكون الشخص دائنا لنفسه أو مدينا لها . واتحاد الذمة يقع حال الحياة أو بسبب الوفاة .

٤٦٠ ـ اتحاد الذمة حال الحياة :

من الأمثلة على اتحاد الذمة حال الحياة شراء شركة السندات التي سبق لها اصدارها ، لأن بشراء هذه السندات ـ وهي ديون على الشركة ـ يجتمع في هذه الأخيرة صفة الدائن والمدين .

٤٦١ ـ اتحاد الذمة بسبب الوفاة :

يقع اتحاد الذمة بسبب الوفاة اذا كان المدين وارثا للدائن وتوفى هذا الأخير ، اذ يصبح المدين دائنا لنفسه ، فينقضي الدين باجتماع الصفتين فيه •

كذلك يقع اتحاد الذمة اذا توفى المدين فورثه الدائن ، غير أن هذه الصورة من صور اتحاد الذمة تعطلها القاعدة الشرعية التي تقضي « بألا تركة الا بعد سداد الديون » ، اذ وفقا لهذه القاعدة لا يرث الوارث ديون مورثه ، بل يتعين سداد هذه الديون أولا من التركة قبل انتقالها الى الوارث ، وعلى ذلك اذا مات المورث مدينا لوارثه ، استوفى الوارث أولا دينه من التركة باعتباره دائنا ، وما يتبقى من حقوق التركة بعد ذلك ينتقل اليه باعتباره وارثا •

٤٦٢ ـ زوال سبب اتحاد الذمة :

اتحاد الذمة يعتبر في الواقع مجرد مانع يحول دون المطالبة بالدين ، وعلى ذلك اذا زال السبب الذي أدى الى اتحاد الذمة عاد الدين الى الوجود واعتبر كأن لم ينقض أبدا ، فمثلا اذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له في ذمته ، ثم أبطلت الوصية ، عاد الدين الموصى به الى الوجود بأثر رجعي •

الفرع الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

٤٦٣ ـ اسباب ثلاثة :

ينقضي الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء بأحد أسباب ثلاثة وهي : الابراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم المسقط •

المبحث الأول

الابــــراء

٤٦٤ ـ التعريف بالابراء :

الابراء تصرف قانوني به ينقضي الالتزام دون مقابل • والابراء يتم في التقنين المدني المصري بالارادة المنفردة للدائن ، أما في القانون اللبناني فيعتبر الابراء عقدا يتم باتفاق الدائن مع المدين •

٤٦٥ ـ طبيعة الابراء واحكامه :

يعتبر الابراء من أعمال التبرع • ويترتب عليه اذا تناول التزام المدين انقضاء هذا الالتزام وانقضاء التأمينات التي كانت له ، سواء أكانت تأمينات شخصية كالكفالة أم عينية كالرهن •

أما اذا اقتصر الابراء على التزام الكفيل فلا تبرأ ذمة المدين ، لأن الأصل لا يأخذ حكم الفرع (راجع المـواد ٣٧١ و ٣٧٢ مدني و ٣٣٨ موجبات) •

المبحث الثاني

استحالة التنفيذ

٤٦٦ ـ انقضاء الالتزام بالاستحالة :

اذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا على المدين لسبب أجنبي ، فـان هذا الالتزام ينقضي (م ٣٧٣ مدني و ٣٤١ و ٣٤٢ موجبات) • غير أنـه يشترط لانقضاء الالتزام في هذه الحالة ما يأتي :

أولا ـ أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا على المدين استحالة تامة ،

لأنه اذا أصبح مرهقا له فقط ، فلا يكون من شأن هذا الارهاق أن يؤدي الى انقضائه . وان أدى الى رده الى الحد المعقول وفقا لنظرية الظروف الطارئة .

ثانيا ــ أن تكون استحالــة التنفيذ راجعــة الى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه كالقوة القاهرة أو خطأ الغير . أما اذا لــم يثبت المديــن أن الاستحالة راجعة الى سبب أجنبي ، فان الالتزام لا ينقضي وان أصبــح تنفيذه عينا مستحيلا ، ويتعين في هذه الحالة الالتجاء الى التنفيذ بمقابل، أي التنفيذ بطريق التعويض .

٤٦٧ ــ الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ :

يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه . انقضاء الالتزام وما يتبعه من تأمينات عينية أو شخصية ، وبراءة ذمةالمدين براءة تامة . بمعنى أنه لا يجوز الرجوع عليه بالتعويض ، لأن الفرض أن الاستحالة ليست راجعة الى خطئه .

والذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة في العقود الملزمة للجانبين هــو المدين ، فاذا استحال على البائع تسليم المبيع ــ وهومدين بذلك ــ انقضى هذا الالتزام وانقضى بالتالي التزام المشتري بدفع الثمن . أما في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة فتكون تبعة الاستحالة علــى الدائن أي المودع .

المبحــث الثــالث

التقــادم المسقــط

٤٦٨ ــ التعريف بالتقــادم المسقــط :

التقادم المسقط (prescription extinctive) دفع موجه الى دعــوى

الدائن . يؤدي الى سقوط حق المطالبة بالدين إذا تمسك به من له مصلحة فيـــه .

وترجع علة تقرير التقادم المسقط الى اعتبارات تتعلق بالنظام العام والأمن المدني في الجماعة . فمن مصلحة الجماعة تصفية المراكز القديمة ومنع اثارة المنازعات في شأن عقود أو وقائع قدم عليها العهد بحيث يغلب فقد السندات الخاصة بها أو استحالة تذكرها . مما يتعذر معه على القضـــاء تبين وجه الحق فيها .

ويضاف الى هذا الاعتبار الذي تسنده مصلحة الجماعة ، اعتبـــار آخر تسنده مصلحة المدين ويبرره اهمال الدائن : ذلك أن في السكوت عن المطالبة بالحق قرينة على الوفاء . مما يرفع الحرج عن المدين فلا يضطر الى الاحتفاظ بالمخالصة بالدين الى ما لا نهاية . بل يكفيه احتفاظه بهـــا طوال المدة التي قررها المشرع لسقوط حق المطالبة .

على أن قرينة الوفاء المستمدة من سكوت الدائن عن المطالبة بحقه مدة معينة ، ليست هي الوجه الوحيد من أوجه رعاية المدين على حساب الدائن المهمل . بل هناك وجه آخر يتمثل في منع تراكم الديون على المدين مما قد يؤدي الى تكليفه بما يجاوز طاقته (راجع المواد ٣٧٤ ــ ٣٨٨ مدني و ٣٤٤ ــ ٣٦١ موجبات) .

٤٦٩ ــ مـــدد التقـــادم :

الأصل في الالتزام أن ينقضي بالتقادم الطويل أو التقادم العادي كما يسمى أيضا ، ومدة هذا التقادم خمس عشرة سنة ميلاديـــة في القانـــون المصري ، وعشر سنوات ميلادية في القانون اللبناني .

والتقادم الطويل هو الأصل كما ذكرنا ، بمعنى أنه في جميع الحالات التي لم ينص فيها المشرع على مدة أقصر يتقادم الالتزام بمضي المدة الطويلة ، كما يتقادم بها الالتزام كذلك اذا تخلف شرط من شروط التقادم القصير .

٤٧٠ ـ التقـادم القصـير :

اذا كان الأصل هو تقادم الالتزام بمضي المدة الطويلة ، الا أن هناك حالات ينص فيها المشرع على تقادم الالتزام بمدة أقصر من ذلك ، وسنشير هنا الى بعضها فقط .

٤٧١ ـ التقـادم الخمسي :

يسري التقادم الخمسي على ثلاثة انواع من الحقوق : هي الحقوق الدورية المتجددة ، وحقوق أصحاب المهن الحرة ، والحقوق الناشئة من الأوراق التجارية .

ويقصد بالدورية في النوع الأول أن الحق يستحق في ميعاد دوري معين ، كأن يستحق كل اسبوع أو كل شهر أو كل سنة أو كل وحدة زمنية أخرى اتفق عليها بشرط ألا تزيد على سنة في القانون اللبناني . ويقصد بالتجدد أن الحق يستحق في موعده الدوري الى ما لا نهاية ، ما دام مصدره قائما .

ومثال الحقوق الدورية المتجددة أجرة المباني والأراضي الزراعية ، والفوائد ، والايرادات المرتبة ، والمهايا والأجور والمعاشات ، وريع الأسهم .

أما حقوق بعض أصحاب المهن الحرة وقد ورد ذكرهم على سبيل الحصر ، فيجب أن تكون واجبة لهؤلاء الأشخاص جزاء ما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم ، وهؤلاء هم : الأطباء والصيادلة والمحامون والمهندسون والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والاساتذة والمعلمون .

أما الحقوق الناشئة من الأوراق التجارية فالمقصود بها الكمبيالات وهي تعتبر دائما أعمالا تجارية ، ولو كانت تمثل دينا مدنيا ، والسندات تحت الاذن أو لحاملها اذا كانت محررة من تاجر أو بسبب أعمال تجارية [1] .

٤٧٢ ــ التقادم بسنتين والتقادم الحولي :

بعض أنواع الحقوق تتقادم بسنتين في القانون اللبناني وبسنة واحدة في القانون المصري ، من ذلك حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في مثل هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم من أجر الاقامة وثمن الطعام ، وحقوق العمال والخدم والاجراء .

٤٧٣ ــ كيفية احتساب المدة :

تحسب مدة التقادم بالتقويم الميلادي ، وهي تحسب بالأيام لا بالساعات ، ولا يدخل في حسابها اليوم الأول وهو يوم استحقاق الدين ، وتنتهي المدة بانقضاء اليوم الأخير منها .

٤٧٤ ــ وقف التقادم :

يوقف التقادم أي يتعطل سريانه اذا وجد مانع يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه ، على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا المانع ، ولا يدخل بطبيعة الحال في حساب المدة الفترة التي وقف التقادم في أثنائها .

وقد يوقف التقادم لسبب مادي كحرب أو ثورة يترتب عليها انقطاع

---

(١) تتقادم بثلاث سنوات الدعاوى الصرفية على المسحوب عليه القابل للسند في القانون اللبناني (م ٣٩٨ تجاري) .

المواصلات واستحالة اتخاذ الاجراءات القضائية للمطالبة بالحق ، أو لسبب قانوني كالعلاقة بين الأصيل والنائب كالعلاقة بين المحجور عليه والقيم ، ما بقي هذا الأخير قائما على الادارة ، وكالعلاقة بين الموكل والوكيل ، أو لسبب أدبي كعلاقة الزوج بزوجته أثناء قيام الزوجية ، وعلاقة الأب أو الأم بأولادهما ، وعلاقة السيد بخادمه .

هذا وينفرد التقادم الطويل علاوة على ما تقدم بسبب خاص من أسباب الوقف في القانون المصري هو أن يكون الدائن ناقص أو عديم الأهلية أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جناية ، وليس له نائب يمثله قانونا . أما في القانون اللبناني فيوقف التقادم أيا كانت مدته ، لهذا السبب من أسباب الوقف .

٤٧٥ ـ انقطاع التقادم :

ينقطع التقادم بأسباب معينة أهمها المطالبة القضائية بالحق أي رفع الدعوى به ، أو أي اجراء مماثل كتقدم الدائن بطلب لقبول حقه في تفليسه أو طلب شهر افلاس المدين . وكذلك بالتنبيه بالوفاء وهو تكليف المدين على يد محضر بأداء ما هو مطلوب منه ، وانذاره باجراء التنفيذ الجبري اذا لم يقم بأدائه ، أو بقيام الدائن بالحجز على أموال المدين . أخيرا وليس آخرا ينقطع التقادم باقرار المدين .

٤٧٦ ـ أثر انقطاع التقادم :

يؤدي الانقطاع الى محو ما انقضى من مدة التقادم قبل قيام سببه ، على أن يبدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على قيام سبب الانقطاع . فاذا أقر المدين بالدين مثلا انقطع التقادم وزالت المدة السابقة على الاقرار ، وبدأ تقادم جديد .

والأصل أن مدة التقادم الجديد هي مدة التقادم الأول ، الا أنه في بعض الحالات يتحول التقادم ، أي تتغير مدته ، فمثلا اذا انقطع التقادم باقرار المدين ، وكان الحق يتقادم بسنة واحدة ، فان مدة التقادم الجديد تكون خمس عشرة سنة ، لأنه بالاقرار تنهدم قرينة الوفاء التي كان يقوم عليها هذا التقادم الحولي •

٤٧٧ ـ التفرقة بين التقادم ومواعيد السقوط :

من المواعيد التي نص عليها المشرع ما لا تنصرف اليها أحكام التقادم السابق الاشارة اليها ؛ فلا تقبل مثلا الوقف أو الانقطاع ، ويطلق عليها اسم مواعيد السقوط . ومن الأمثلة عليها ميعاد السنة الواجب رفع دعوى الاستغلال فيها والا كانت غير مقبولة (م ٢/١٢٩ مدني) ؛ وميعاد الثلاث سنوات المحدد لجواز استرداد المنقول الضائع أو المسروق (م ١/٩٧٧ مدني) •

تم بفضل الله وعونه

(١٧ شوال ١٣٩٣ ـ ١١ نوفمبر ١٩٧٣)



الفهرس

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثاني
بعض احكام الالتزام

صفحة

صفحة

شركة علاء الدين
للطباعة والتجليد
بيروت - تلفون: ٣٠٤٢٨٣